Archiv für die civilistische Praxis.

I.

Beitrag zu der Lehre über den Gebrauch und die Ableistung des Schiedseides von moralischen Personen.

Vom Herrn Dr. J. T. B. Linde,

öffentl. ord. Professor der Rechtswissenschaft zu Gießen, und Großherzogl. Hess. Kirchen- und Schulrathe.

§. 1.

Begriff, Arten und allgemeine Grundsätze des Schiedseides.

Schiedseid wird jeder Eid der Partheien im Civilprocesse genannt, welcher zur Bestätigung der eigenen Behauptung der Parthei gerichtlich zu dem Zwecke geleistet wird, um die Behauptung zur juristischen Gewißheit zu erheben. Dem Umfange nach kann ein solcher Eid die ganze Sache (Haupt-Eid, juramentum principale seu litis decisorium) oder auch nur einzelne Nebenpunkte des Rechtsstreites (Nebeneid, juramentum minus principale, accessorium) entscheiden. Die Veranlassung zu einem dieser Eide kann seyn [1]): ent-

1) Glück Comment. XII. §. 796. Pratobevera in den Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den Oesterreichischen Staaten. Wien 1821. Band V. S. 169. Linde Lehrb. des Civilproc. §. 275. a. E.

weder der Wille der beweisführenden Parthei, indem diese bald ohne Zustimmung des Gegners, sogar ungeachtet dessen Widerspruchs, ihn selbst ableistet und so vollgültiges Zeugniß in eigener Sache ablegen kann, ohne vorerst dem Gegner auch nur das Anerbieten gemacht zu haben, den Eid selbst zu schwören, bald, indem sie ihren Gegner zum Zeugnisse über gewisse Thatsachen auffordert und diesen dadurch rechtsgültig in die Nothwendigkeit versetzt, das ver-verlangte Zeugniß eidlich selbst abzulegen (den Eid zu schwören), oder es dem Beweisführer zu gestatten, selbst vollgültig für sich zu zeugen (den Eid zurückschieben), oder endlich durch Beibringung anderer Beweismittel das verlangte Zeugniß überflüssig zu machen (Gewissen mit Beweis vertreten); oder der Richter legt, ohne daß die streitenden Theile darauf antragen, zur Ergänzung eines geführten Beweises und beziehungsweise zur Vernichtung eines geringeren Grades der Wahrscheinlichkeit einem Theile einen Eid auf.

§. 2.

Allgemeine Grundsätze von dem Schiedseide.

Solche Schiedseide sind bekanntlich schon früh bei den Römern als Beweismittel vor Gericht benutzt worden [2]) und diese Ansicht ist nicht bloß in das gemeine deutsche Recht, sondern auch in die Partikulargesetze übergegangen. Da im gerichtlichen Verfahren nun eine Beweisführung nur zwischen den streitenden Theilen Wirkung äußert [3]) und beim Eide die schwörende Person das Beweismittel ist [4]), und die Beweis-

---

2) Fr. 25. §. 3. de probat. 22. 3. *Malblanc* doctrina de iureiur. Ed. nova. Tubing. 1820. §. 38—41. Heffter Institutionen des römischen und deutschen Civilprocesses. Bonn. 1825. S. 190. ff.

3) Fr. 3. §. 3. in f. Fr. 10. de iureiur. 12. 2. Pratobevera Materialien V. S. 154.

4) Gensler im Archiv f. c. Prax. I. S. 51. ff.

führung durch den Schiedseid sich gerade dadurch von der durch Zeugen unterscheidet: daß nicht ein Dritter, sondern die Parthei selbst in eigener Sache vollgültiges Zeugniß ablegt [5], so kann der Schiedseid wirksam nur von der Parthei selbst [6] oder einer solchen dritten Person abgeleistet werden, deren Ausspruch die Parthei rechtlich verbindet, mag der Grund in einer fingirten Personen-Einheit oder in einem andern rechtlichen Verhältnisse liegen [7]. Aus der Natur des Eides als Beweismittel und aus den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime im Civilverfahren folgt aber auch, daß es von der beweispflichtigen Parthei abhängt, ob sie sich dieses Beweismittels bedienen wolle [8] und daß die s. g. richterlichen Eide, sowohl der Ergänzungs- als Reinigungseid, welche ihres Zweckes wegen auch sehr bezeichnend Nothheide genannt werden, mehr durch Grundsätze der Zweckmäßigkeit, als des Rechts [9] vertheidigt werden können, woraus die bei diesen Eiden vorkommenden eigenthümlichen positivrechtlichen Grundsätze, welche meistens der Natur eines Beweismittels eben so sehr, als der Verhandlungsmaxime widersprechen [10], erklärt werden müssen. Für die Lehren von dem

---

5) Fr. 1. pr. quarum rer. act. non datur. 44. 5. *Quintilian.* Jnst. Orat. V. 6. §. 4.

6) Vergl. unten §. 5.

7) *Malblanc* l. c. §. 42. **Pratobevera** a. a. O. S. 183.

8) Fr. 25. §. 3. de probat. 22. 3. Fr. 34. de iureiur. 12. 2. Const. 20. de reb. cred. 4. 1. Diese **Ansicht entschied auch schon im** röm. Rechte, seitdem der Eid als wahres Beweismittel betrachtet wurde; wiewohl früher der Producent aus anderen Gründen freie Wahl hatte. Abweichend ist *Malblanc* l. c. §. 40.

9) Denn strenge genommen ist ein unvollständiger Beweis kein Beweis.

10) Kein anderes Beweismittel wird nach gemeinem Rechte vom Richter amtswegen benutzt; wovon nach einer richtigen Ansicht

Eide bleibt es aber immer eine höchst einflußreiche Bestimmung: daß ihn die Gesetze als wahres Beweismittel betrachtet haben, und darauf deßhalb bei der Beweisführung die allgemeinen, auf alle übrigen Beweismittel anwendbaren Grundsätze, auch so lange angewendet werden müssen, als aus der eigenthümlichen Natur desselben, oder aus positiven Gesetzen nicht auf eine Abweichung hingeführt wird. Viele Streitigkeiten sowohl in der Lehre des freiwilligen, als der nothwendigen Schiedseide würden fortfallen, wenn man diese Bemerkung nicht zu sehr außer Acht ließe.

§. 3.

Gründe, aus denen die Anwendung der Bestimmungen über die Beweisführung durch den Schiedseid bei moralischen Personen zu verschiedenen Ansichten führte.

Wenn im Processe die Partheien aus physischen Personen bestehen, so ist, beim Gebrauche des Schiedseides, schon durch die Bezeichnung der Parthei oder Partheirolle zugleich das Individuum angegeben, welches sich über die Ableistung des Eides zu erklären, und denselben wirklich nöthigen Falls abzuleisten hat. Selbst dann, wenn die Partheirolle aus einer Vereinigung mehrerer Individuen besteht, die nicht als juristische Person gedacht wird, bleibt das Verhältniß einfach und bestimmt; indem z. B. mehrere Streitgenossen, wenn ihnen bei theilbarem Streitgegenstande der Eid zugeschoben wird, oder die Streitgenossen desselben zu ihrer Beweisführung sich bedienen wollen, es von dem Willen jedes einzelnen Individuums, für seine Person abhängt, ob es sich des Eides bedienen, denselben annehmen, zurückschieben oder Gewissen mit Beweis vertreten will [11]; und tritt einer dieser Fälle

auch Augenschein und Kunstverständige, wenn sie als wahre Beweismittel benutzt werden, keine Ausnahme machen. Mittermaier im Arch. f. c. Prax. II. S. 119. ff.

11) Martin im Magazin für den gem. d. Proc. I. 2. S. 233. ff.

bei untheilbarem Streitgegenstande ein, so ist eine durchaus analog anwendbare gesetzliche Regel vorhanden [12]). Ebenso sind zureichende positiv gesetzliche Bestimmungen für die Fälle vorhanden, wenn die Parthei in der Disposition über den Streitgegenstand mehr oder weniger beschränkt ist [13]). Steht dagegen auf einer Partheirolle eine juristische Person, dann wird das Verhältniß schwieriger, sobald jene aus mehreren physischen Personen besteht, oder Sachen personificirt sind. Denn ist einem Individuum der Character moralischer Persönlichkeit beigelegt, so bleibt das Verhältniß, wie später nachgewiesen werden soll, eben so einfach, als bei einzelnen physischen Personen. In der Theorie lehrt, und in der Praxis befolgt man nämlich dann, wenn von einer moralischen Person der Schiedseid freiwillig benutzt oder von einer solchen die Ableistung verlangt wird, zum Theil andere Grundsätze, als da, wo dieselben Fälle bei einzelnen physischen Personen, als solchen, vorkommen. Dennoch sind die Grundsätze über den Gebrauch und die Ableistung des Schiedseides von juristischen Personen weder erschöpfend dargestellt, noch auch nur die wichtigsten, täglich vorkommenden Fragen, befriedigend durch die Doctrin gelößt. Die meisten schwierigen Punkte werden in den Bearbeitungen der Lehre über den Eid fast gar nicht berührt, woraus sich auch erklärt, daß selbst neuere Proceß-Ordnungen und Entwürfe hierin höchst unvollständig sind. Der Grund des mangelhaften Zustandes dieser Lehre scheint darin zu liegen, daß man sie nicht in ihrem Zusam-

---

J. B. Schmidt Abh. üb. verschied. Rechtsmaterien. II. 40. §. 2. Seuffert im Arch. f. c. Pr. III. S. 211. ff. Das preuß. Recht unterscheidet die Fälle, ob der Gegenstand theilbar oder untheilbar ist, nicht. A. G. O. I. 10. §. 269. 273.

12) Fr. 28. pr. §. 3. de iureiur. 12. 2. Reinhardt a. a. O. §. 232. Heffter Instit. d. Civ. Proc. S. 76.

13) Linde Lehrb. d. Civilproc. §. 276. Pratobevera a. a. O. S. 178. ff.

menhange darstellte und auf allgemeine Principien der Beweisführung zurückzuführen suchte; statt dessen sich vielmehr bloß bemühte, einzelne Fragen, bei denen es vielleicht am häufigsten zu Widersprüchen kam, einer kurzen Bearbeitung zu unterwerfen.

Wenn vom Schiedseide wirklich eigenthümliche Grundsätze bei seiner Anwendung auf moralische Personen gelten, so kann der Grund für solche Eigenthümlichkeiten nur in positiven Gesetzen, oder in einem wohlbegründeten [14]) Gerichtsgebrauche liegen, und sowohl dann, wenn dieses wirklich nachgewiesen werden kann, als auch, wenn dieses nicht der Fall ist, muß die Doctrin nach dem Grunde forschen, ob und warum bei moralischen Personen andere Grundsätze zur Anwendung zu bringen sind. Denn fodern allgemeine Grundsätze eigenthümliche Normen bei moralischen Personen; so werden dadurch entweder vorhandene Gesetze und Gerichtsgebrauch gerechtfertigt, oder sie begründen neue Gesetze und die Bildung eines Gerichtsgebrauches.

Sollte sich nachweisen lassen, daß der Gebrauch des Schiedseides bei allen moralischen Personen zu Eigenthümlichkeiten führe; so würde ein zureichender Grund dafür wohl nur in der moralischen Persönlichkeit gefunden werden können; sollte dagegen nur nachgewiesen werden können, daß Eigenthümlichkeiten bloß in einzelnen Arten der moralischen Person eintreten, so würde der Grund auch wahrscheinlich nur in dem besondern Wesen dieser Arten liegen. Dem Verfasser scheint das Letztere der Fall zu seyn, und er wird deßhalb zu beweisen versuchen, daß der Gebrauch des Schiedseides 1) nur bei solchen moralischen Personen, die aus einer gleichzeitigen Vereinigung mehrerer physischen Personen bestehen, zu besondern Eigenthümlichkeiten führt, daß dagegen 2) dann, wenn die moralische Person aus Einer phy-

14) S. darüber besonders Jordan im Arch. f. c. Pr. VIII. S. 191. ff.

sischen Person, welcher einer bestimmten Eigenschaft wegen juristische Persönlichkeit anklebt, besteht, die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen, und daß endlich 3) in denjenigen Fällen, wo andere Gegenstände (Sachen im Gegensatze von Menschen) personificirt, d. h. vom Gesetze als Subjecte von Rechten, also als Personen, erklärt worden sind, Alles davon abhängt, ob diejenigen Menschen, welche die Rechte solcher personificirter Sachen vertreten und welche dieser Bestimmung wegen selbst als moralische Personen zu betrachten sind, aus einer oder mehreren physischen Personen bestehen, wo dann nach dieser Verschiedenheit auch verschiedene Grundsätze zur Anwendung kommen.

Daß nämlich in der juristischen Persönlichkeit kein zureichender Grund für die fraglichen Eigenthümlichkeiten liege, folgt schon daraus, daß die Gesetze bei der Anwendung des Begriffes jener juristischen Persönlichkeit auf Menschen oder Sachen, das einzelne Individuum oder eine Vereinigung mehrerer, oder selbst Sachen als Personen, d. h. als Rechts-Subjecte bloß bestimmter Eigenschaften wegen, betrachten [15]). Dadurch werden aber diese Gegenstände nur, soweit es der Natur der Sache nach möglich ist, den physischen Personen gleichgestellt. Wenn also die Rechte und deren Ausübung einer solchen juristischen Person zur Frage kommen, so müssen diese wie physische Personen beurtheilt werden, wo dieses eintreten kann und kein besonderer Rechtsgrund für eine Abweiweichung vorliegt [16]). Da nun oben die Behauptung aufgestellt ist, daß sich Gründe für Abweichungen von den allgemeinen, bei einzelnen physischen Personen geltenden Regeln über den Gebrauch des Eides als Beweismittels nur für die

15) Heise Grundriß eines Syst. des gem. Civilr. Buch 1. §. 98. Nr. 15. Mackeldey Lehrb. d. heut. Röm. R. Aufl. 7. §. 142. 143.

16) v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechtes. B. 1. §. 98.

Fälle nachweisen ließen, wo die eidespflichtige Parthei eine aus mehreren physischen Personen bestehende moralische sey, so muß in der folgenden Darstellung ausgeführt werden: welchen Einfluß es auf die Beweisführung vermittelst des Eides hat, wenn

I. die schwurpflichtige Parthei eine Gemeinde, (universitas, corpus, collegium) ist?

II. wenn die moralische Person durch Ein Individuum, oder

III. wenn sie durch eine Sache repräsentirt wird.

§. 4.

I. Von dem Einflusse, den es auf die Beweisführung vermittelst des Eides hat, wenn die schwurpflichtige Parthei eine Gemeinde ist.

Nach der obigen Ausführung liegt der Grund für die eigenthümlichen Grundsätze, welche man auf einzelne moralische Personen bei der Eidesleistung anwendet, nicht in dem Charakter der moralischen Persönlichkeit, sondern in der eigenthümlichen Organisation der moralischen Personen, für welche die später anzugebenden Abweichungen gelten sollen. Gemeinden unterscheiden sich aber dadurch, daß sie aus mehreren einzelnen Individuen, welche als Einheit im Rechtssinne gedacht werden, bestehen, von den übrigen Arten juristischer Personen. Wenn nun eine Gemeinde die eidespflichtige Parthei ist; so fragt es sich: auf welche Art hier der Eid geleistet werden muß? denn es läßt sich denken, daß

1) entweder ein Mandatarius,

2) oder alle einzelnen Gemeindeglieder,

3) oder einige derselben, den Eid abzuleisten haben. In diesem letzteren Falle entstehen dann wieder die Fragen:

a) ob im Allgemeinen bestimmte Glieder dazu berechtigt und verpflichtet sind?

b) oder ob die Schwörenden in vorkommenden Fällen erst bestimmt werden müssen?

c) wie viele Glieder nothwendig schwören müssen, und
d) wer diese zu wählen habe?

Wenn nun in den meisten dieser Fälle der Eid nicht bloß von einem, sondern von mehreren Individuen abgeleistet werden muß, und diese Schwurpflichtigen dadurch nicht ein theilbares, sondern das ungetheilte Interesse der Gemeinde als Einheit wahrnehmen, so entstehen wieder Fragen über die Folgen der Ableistung und Nichtableistung, besonders dann, wenn einige, zur Eidesableistung gestellte Individuen den Eid wirklich ableisten, andere aber die Ableistung verweigern. Die verschiedenen Ansichten über diese Punkte äußern einen eben so verschiedenen Einfluß auf die Darstellung des Verfahrens zum Zwecke der Beweisführung durch den Eid.

Es wird sich aber auch ergeben, daß manche dieser Fragen anders beim freiwilligen Schiedseide und anders bei einigen der andern Eide beantwortet werden müssen, weßhalb der Klarheit der Darstellung und Uebersicht wegen diese verschiedenen Eide abgesondert betrachtet werden müssen.

Hierdurch wird der Inhalt der gegenwärtigen Abhandlung und der Grund der Abtheilungen hinlänglich angedeutet und gerechtfertigt erscheinen.

§. 5.

A. Von dem zugeschobenen und zurückgeschobenen Schiedseide, insbesondere 1) Lösung der Frage: ob alle Gemeindeglieder schwören müssen?

Die bestrittenste Frage in dieser Lehre ist: welche Personen den Schiedseid abzuleisten haben, wenn die eidespflichtige Parthei eine Gemeinde (universitas, corpus, collegium) ist? Gewöhnlich wird zwar die Untersuchung durch eine so allgemein gestellte Frage nicht eröffnet, vielmehr stellt man die Aufgabe speciell auf einzelne Fälle, indem man untersucht: von wem der einer Gemeinde, Universitas, Corporation oder Innung aufliegende Eid ab-

zuleisten sey [17]; wer den Eid für die Staatskasse zu schwören habe [18]) und a. a. O. Allein schon diese Form der Untersuchung ist insofern unrichtig, als man dabei theils von unbewiesenen Voraussetzungen ausging, theils gleichartige Fälle nicht unter diejenigen Hauptgesichtspunkte stellte, aus denen sie doch nothwendig beurtheilt werden mußten, theils keine Rücksicht auf die verschiedenen Arten der Eide nahm, und deßhalb nicht nachwieß, ob und warum von allen dasselbe gelte, oder nicht?

A. Die aufgeworfene Hauptfrage kann aber erst dann richtig beantwortet werden, wenn untersucht ist: ob alle Glieder der Gemeinde oder nur ein oder mehrere Mitglieder, oder ein Procurator den Eid ausschwören dürfe?

Die Ableistung des Eides von einer Gemeinde, würde nämlich weniger Schwierigkeiten veranlassen, wenn es richtig wäre, daß der Schiedseid durch einen Anwalt geschworen werden könnte, was ältere Rechtslehrer fast unbedingt bei allen Eiden [19]), viele neuere aber mit Ausnahme des angetragenen und beziehungsweise zurückgeschobenen Haupteides [20]), einige aber besonders für den Fall behaupten [21]), wenn der Eid einer Corporation oder moralischen Person angetragen ist. Allein nach dem positiven Rechte kann der Schiedseid in keinem Falle durch einen Mandatarius anders, als mit

---

17) v. Bülow und Hagemann pract. Erört. III. 21. S. 141. Reinhardt Handb. d. ordentl. Proc. II. 230.

18) v. Bülow u. Hagemann a. a. O. II. 13. S. 168. Reinhardt a. a. O. §. 231.

19) *Gerard Feltmann* orat. inaug. de iureiurando in alterius animam. *C. G. Winckler* Opusc. min. Vol. II. p. 263. seq. Danz ord. Proc. §. 369.

20) Kapff merkw. Civilrechtsfv. I. Nr. 45. und 46. und die das. Angef. Claproth ord. Proc. §. 332.

21) Glück Comment. 12. S. 345.

Zustimmung der Partheien [22]) abgeleistet werden. Das römische Recht spricht dieses deutlich aus [23]), und daß dieser Grundsatz nicht dann eine Ausnahme leidet, wenn der Eid dem Procurator von dem Gegner seiner Parthei freiwillig ist angetragen worden, und jener ihn angenommen hat, ist gegen Glück schon von Anderen [24]) nachgewiesen. Wenn man aber moralischen Personen, mit Berufung auf Fr. 97. de cond. et demonstrat. deßhalb die Befugniß, alle Eide durch einen Anwalt ableisten zu lassen, zuspricht, weil sie ihn selbst nicht schwören könnten, so kann diese Ansicht, wenigstens jenes Grundes wegen nicht allgemein vertheidigt werden. Personen, welche aus einem oder mehreren Individuen bestehen, können durch diese Individuen den Eid ableisten, mithin tritt jener Grund nur bei jenen moralischen Personen ein, wo der Gegenstand, dem die Gesetze moralische Persönlichkeit beigelegt haben, eine Sache ist. Daß aber selbst für diesen Fall nicht jeder sonst fähige Anwalt auch zur Ableistung eines Schiedseides genommen werden kann, wird später nachgewiesen werden (§. 18.). Das canonische Recht hat rücksichtlich des Schiedseides [25]) gegen das römische nichts bestimmt. Dasselbe gilt von den Reichsgesetzen. Wenn nun auch eine angebliche Praxis, wider die Gesetze, zu Zeiten die Ableistung durch einen Anwalt zugelassen haben sollte, so kann dieselbe doch um so weniger vertheidigt werden, weil, wie schon

---

22) Reinhardt Handb. d. ord. Proc. II. §. 229.

23) Const. 12. §. 4. de reb. cred. 4. 1. Nov. 124. c. 1.

24) *Malblanc* de iureiur. §. 42. 95. Not. *). Reinhardt a. a. O. S. 26. Beide haben den Sinn der Fr. 9. §. 6. Fr. 42. §. 2. de iureiur. 12. 2. Fr. 13. §. 13. de damno infecto. 39. 2. richtig angegeben.

25) Die für das Gegentheil angeführten Gesetze: cap. 6. 7. X. de iuram. calum. 2. 7. cap. 3. de iuram. calum. in VI. 2. 4. cap. 2. de test. in VI. 2. 10. reden von dem Eide für Gefährde.

Oldekopp und Böhmer [26]) bemerken, der Eid seine Kraft und sein Gewicht verliert, wenn er nicht von der Parthei selbst geschworen wird, auf welche die Vorbereitung zum Schwören häufig merkwürdig wirkt. Und welchem mit der Anwendung längere Zeit beschäftigt gewesenen Richter möchten nicht Fälle vorgekommen seyn, wo im Schwörungstermine die in eigner Person zur Ableistung des Eides erschienene Parthei die Ausschwörung verweigerte, was wohl nicht von einem Anwalt geschehen wäre. Denn Ermahnungen und äußere Einwirkungen, die das Gewissen der vor Gericht gegenwärtigen Parthei zu regen vermögen, wirken nicht so außergerichtlich, und auf den Anwalt können diese natürlich gar keinen Einfluß äußern [27]). Kann man bei der Abnahme des Eides, überhaupt nicht vorsichtig genug seyn, um Einwirkungen des lächerlichsten Aberglaubens zu verhüten, so ist um so mehr das Vorurtheil nicht unberücksichtigt zu lassen, welches manchen Eidespflichtigen schon hinlänglich beruhigt, wenn er die Worte nur nicht selbst, mit aufgehobenen Fingern in einer bestimmten Stellung und Umgebung gesprochen hat. Man scheint zwar in der Anwendung diese Bedenklichkeiten nicht zu übersehen, denn häufig motivirt man die Zulassung des Anwalts dadurch, daß von den Schwurpflichtigen vermöge ihrer Bildung von ihnen die Ueberzeugung zu vermuthen gewesen, daß ein wahrhafter oder falscher Eid, der

---

26) *Boehmer* ius eccles. protest. T. I. L. II. T. 7. §. 6. S. noch Reinhardt Handb. II. S. 25. N. 3. und über den wahrscheinlichen, auf einer sonderbaren Analogie beruhenden, Ursprung der Praxis *Malblanc* de iureiur. p. 273.

27) Schon Oldekopp bemerkt: „Plerumque fieri solet, ut ex iurantis vultu et titubatione iudex periurium, aut peierandi proclivem voluntatem animadvertere, et iurantem dehortari possit.“ und „Multi litigurientium in re tam ardua sibimet ipsis suaviter adulantur, peierare per procuratorem, non esse grande nefas, sed veniale peccatillum.“

durch einen, von ihnen besonders dazu Bevollmächtigten, auf ihre Anweisung und in ihre Seele abgeschworen werde, für sie eben so wichtig sey, und eben die Folgen habe, als wenn ein solcher Eid von ihnen selbst, und in eigener Person abgelegt worden wäre [28]). Allein daraus, daß Jemand zu den Honoratioren gehört, daß er eine gewisse Menschen- oder Gelehrtenbildung habe, folgt noch nicht, daß er frei von Vorurtheilen, oder ein besonders sittlich guter Mensch sey. Und wozu würde es führen, wenn auf den Stand und die Bildung des Menschen solche Rechtsverschiedenheiten gebaut würden. Der Gefährdeeid scheint es doch zur Genüge zu beweisen, wohin es führt, wenn man Anwälte zur Ableistung der Eide zuläßt. Neuere Gesetze verlangen durchaus, daß die Ableistung der Eide von der Parthei in Person geschehen soll [29]), die Vertretung durch einen Bevollmächtigten nicht anders, als mit ausdrücklicher Bewilligung des Gegentheils zulässig ist [30]).

Ein besonders bevollmächtigter Anwalt, kann also als solcher, nach allgemeinen Grundsätzen, für eine moralische Person den Schiedseid nicht ableisten. Hieraus folgt schon, daß, wenn nicht in der Natur der moralischen Persönlichkeit der Parthei, oder in den Gesetzen, oder einem ausgemachten Gerichtsgebrauche ein Grund liegt, weßhalb nicht alle Mitglieder zu schwören brauchen, man allerdings als die Regel annehmen muß, daß sämmtliche Glieder den einer Gemeinde aufliegenden Eid zu leisten haben. In der moralischen Per-

---

28) Kapff merkw. Civilrechtsspr. I. S. 308. u. S. 313. ff.

29) Oesterreichisches Recht bei Pratobevera Materialien B. V. S. 150.

30) Preuß. A. G. O. I. 10. §. 314. Würtemberg. Edict über die Rechtspflege v. 31. December 1818. §. 118. Reinhardt Handb. des ord. Proc. II. S. 27. N. 2. Das ältere würtemb. Recht in Reinhardt das Landrecht des K. Würtemb. B. 4. S. 118. 120. Ueber Großherzl. Hess. Recht s. unten §. 7. a. E.

sönlichkeit: hat man niemals den Grund, weßhalb eine Gemeinde nur durch einzelne Gemeindeglieder, die Staatskasse durch die Vorsteher u. s. w. den Eid ableisten dürfen, finden wollen, auch würden für eine solche Behauptung so wenig allgemeine als positiv rechtliche Grundsätze angeführt werden können. Zwar wird 1) die aus einzelnen physischen Personen bestehende moralische Person rechtlich als eine Einheit gedacht, die ihre Beschlüsse in der Regel zwar unter Mitwirkung aller, oder doch des größten Theils der Glieder abfaßt [31]), den gefaßten Willen aber nicht durch alle einzelne Glieder, sondern durch besondere Organe äußert; auch erkennen die Gesetze diese Art der Willensäusserung dadurch besonders als gültig an, daß sie sogar verlangen, manche vor Gericht vorzunehmende Handlungen sollen nicht von den einzelnen Gliedern der moralischen Person, sondern von einem bestellten Stellvertreter verrichtet werden; allein aus dieser Einrichtung kann man deßhalb nicht folgern, daß die Handlung der Eidesleistung auch durch besonders Bevollmächtigte geschehen solle oder nur dürfe. Es ist nämlich ein großer, von den Gesetzen selbst nicht übersehener Unterschied zwischen der Willensäußerung einer Person und der Aussage ihres Wissens und Glaubens über factische Verhältnisse, und selbst in diesem letzten Falle kommt viel darauf an: ob eine Person solche thatsächliche Verhältnisse bloß behauptet oder zugesteht, oder Zeugniß darüber ablegen soll. Besonders für diesen letzten Fall, nämlich die Angabe der Wissenschaft zum Zwecke des Zeugnisses, der uns hier allein interessirt, hat Gesetzgebung und Rechtspflege immer den Grundsatz befolgt, daß persönliche Erklärung des Zeugen zur vollen Glaubwürdigkeit erforderlich sey [32]), wozu auch eine Reihe innerer Gründe vor-

31) Lotz civilist. Abhandl. Coburg und Leipz. 1820. S. 111. ff.

32) Fr. 3. §. 3. de test. 22. 5. Const. 16. eod. 4. 20. C. III. q. 9. c. 15. Cap. 2. x. qui matrimon. accus. poss. 4 18.

handen ist [33]). Daß aber der Eid nichts anderes, als ein Zeugniß in eigener Sache ist, fällt in die Begriffe (§. 2.) und vielleicht würde sich der Ausdruck „Eid, juramentum, jus jurandum“ nicht ausschließlich zur Bezeichnung desjenigen Beweismittels, welches wir nun allgemein damit bezeichnen, gebildet haben, wenn das Zeugniß dritter Personen (also die eigentlichen Zeugenaussagen) ursprünglich durch einen Eid bekräftigt worden wäre [34]). Dadurch wurde nämlich das Mißliche, welches der Beweisführer darin finden muß, alles auf des Gegentheils eigenes Zeugniß ankommen zu lassen, gemildert, daß man durch den Eid der Partheilichkeit des Gegentheils entgegen zu wirken und seinen moralischen Willen zu stärken suchte. Es hält auch nicht schwer, nachzuweisen, daß viele übereinstimmende Grundsätze vom Eide und dem Zeugenbeweise aus der angegebenen, beiden Beweismitteln gemeinschaftlichen, Idee geflossen sind. Aus dieser Natur des Eides folgt nun: a) daß dort, wo es möglich ist, auch die moralische Person das Zeugniß in eigener Sache nicht durch ein fremdes Organ, sondern persönlich abzulegen hat, was alsdann, wenn die moralische Person aus einzelnen physischen Personen besteht, stets dadurch geschehen kann, daß die einzelnen physischen Personen, welche ja auch den Willen der moralischen bestimmen, ihre Wissenschaft über das fragliche factische, zum Eide verstellte, Verhältniß eidlich angeben. Es folgt ferner b) daß alle diejenigen Glieder der moralischen Person, welche für die Zuschiebung oder Annahme eines angetragenen Eides gestimmt haben, auch den zurückgeschobenen und beziehungsweise angenommenen Eid nach dem Grade ihres Wissens oder Glaubens zu schwören haben; es folgt daraus sogar c) daß, wenn zur Ableistung des Eides

33) Fr. 21. §. 3. de test.

34) Denn der Zeugeneid in Civilsachen rührt von Constantin d. G. her. *Malblanc* de iureiur. §. 32. 78. 115. f. auch v. Löhr Uebersicht d. Constitut. Erste Lief. S. 25.

nicht so viele Glieder, als zur Abfassung eines Beschlusses der moralischen Person erforderlich wären, bereit sind, der Eid für verweigert angenommen werden müßte.

Man setze 2) nicht entgegen, diese Folgerung führe leicht zu dem Ergebniß, daß, wenn ein kleiner Theil der universitas über das fragliche thatsächliche Verhältniß aus eigener Erfahrung die genaueste Kunde habe, und diese eidlich zu erhärten erbötig sey, vielleicht schon eidlich erhärtet habe, nun dennoch gegen die Gemeinde das Gegentheil für wahr angenommen werden müsse, weil die übrigen Glieder zufällig nicht dieselbe Erfahrung gemacht und auch Anstand nehmen, einen Glaubenseid abzuleisten, daß also dieses Resultates wegen die Folgerung absurd, und eben deßhalb der Grundsatz, woraus sie folgerichtig fließe, schon nach logischen Gesetzen nothwendig falsch sey. Diese Absurdität ist nur scheinbar. Nach bekannten Grundsätzen hängt nämlich die vor Gericht entscheidende Gültigkeit der Erklärung einer Gemeinde: einen Eid zuschieben oder annehmen zu wollen, nicht von dem Willen einzelner Glieder, sondern von einem förmlichen Beschlusse ab, wozu in der Regel die Zustimmung der Mehrheit der Glieder erforderlich ist. Bei diesem Beschlusse soll aber jeder nach seiner Ueberzeugung, nach seinem beßten Wissen oder Dafürhalten stimmen, und wer dieses gethan, darf auch keinen Anstand nehmen, es eidlich zu versichern. Ein Mitglied, das für die Zuschiebung und beziehungsweise die Annahme des Eides stimmte, und nachher mit gutem Gewissen nicht einmal den Glaubenseid ablegen kann, ist bestimmt auch gegen seine Ueberzeugung dem Beschlusse beigetreten; es konnte dann mit Ueberzeugung ja nur gegen den Beschluß stimmen oder seine Stimme suspendiren. Wenn nun auch mehrere Glieder sogar ihre Wissenschaft zum Vortheile der moralischen Person beschwören wollen, und wenn deren eidliche Versicherung nun andern Gliedern, welche sogar dem Beschlusse beigetreten sind, nicht einmal den Glauben für die Gerechtigkeit der Sache zum Vortheil der moralischen Person

zu geben vermag, wie will man dann es dem Gegner derselben zumuthen, von der eidlichen Versicherung solcher Personen, die die übrigen Gemeindeglieder nicht einmal zum Glauben bestimmen können, sein Recht abhängig zu machen. Eine solche Begünstigung der Gemeinde scheint ungerecht und absurd, nicht aber die vorhin aufgestellte Folgerung.

Wenn die angegebenen Grundsätze als aus der Natur des Instituts wirklich fließend zugegeben werden, so haben sie auch so lange praktische Gültigkeit, bis ein zureichender Grund für eine Abweichung nachgewiesen ist, und wenn ein solcher Grund dargethan werden kann, so verlieren jene Grundsätze nur so weit ihre Anwendung, als jener Grund reicht, also aufgehoben oder modificirt hat.

Vergleicht man nun 3) die Bestimmungen der Gesetze und der Rechtspflege, worin allein der zureichende Grund für die Nichtanwendbarkeit liegen kann; so muß freilich zugestanden werden, daß a) so sparsam auch die Gesetze mit Bestimmungen über das vorliegende Verhältniß sind, doch nach einigen in einem Falle, wo eine aus mehreren physischen Personen bestehende moralische Person einen Eid abzuleisten hat, weder alle Mitglieder, noch auch der größere Theil, sondern bloß der Vorstand den Eid ableisten soll. Es heißt nämlich bei

Paul. L. 2. ad Nerat.

»Municipibus, si iurassent, legatum est. Haec conditio non est impossibilis. Paulus: Quemadmodum ergo pareri potest? per eos itaque iurabunt, per quos municipii res geruntur« 35).

und in dem

Landfrieden v. J. 1521. VII. 9.

»Wird dann ein Commun, sie wäre geistlich oder weltlich, dermaßen fürgenommen (den Eid der Purgation zu leisten);

35) Fr. 97. de condit. et demonstrat. 35. 1. Cf. Fr. 14. ad municip. 50. 1.

so soll der zweite Theil derselben Commun-Räth, persönlich zu schweren schuldig seyn. Und wo darunter etliche besondere verdächtige Personen des Raths durch den Kläger benannt würden, die sollen unter gemeldeten zweien Theilen auch zu schweren eingezogen werden. [36]).«

Beide Stellen reden zwar nur von besonderen Verhältnissen; die erste von dem Falle, wo der Gemeinde ein Vermächtniß unter der Bedingung vermacht ist, daß sie einen Eid leistet, der nicht einmal als gerichtlicher erscheint, die zweite von einem Reinigungseide, den der Stadtrath, Namens der Stadt schwören soll.

Wenn nun aus diesen Gesetzen auch nicht unbedingt gefolgert werden kann, daß in jedem Falle, wo eine Gemeinde einen Eid zu leisten hat, die Mitglieder des Gemeinderaths ein Recht auf die Ableistung vor allen übrigen Mitgliedern haben, so daß also vor aller Frage: wer den Eid zu leisten habe? erst der Gemeinderath sich darüber erklären müsse: ob er ihn leisten wolle oder nicht [37]); so folgt doch wenigstens so viel, daß die Ableistung des Eides von allen Gliedern der Gemeinde nicht für unbedingt nöthig gehalten worden ist und in dieser Beziehung mogten doch auch die Römer schon wegen Gleichheit des Grundes dieselben Bestimmungen bei dem gerichtlichen und außergerichtlichen Eide befolgen.

Sollte aber auch die gesetzliche Ansicht darüber: ob beim gerichtlichen Schiedseide alle Glieder der moralischen Person schwören mußten, zweifelhaft bleiben; so ist doch b) eine entschiedene Praxis darüber vorhanden, daß nur einige Mitglieder zu schwören brauchen [38]). Der Grund wird in die Ver-

---

36) Neue Samml. d. R. A. II. S. 198. C. G. O. v. 1555. II. 10. §. 1.

37) Wie Reinhardt (Handb. d. ord. Proc. II. §. 230.) behauptet.

38) Es scheint überflüssig, dieses durch Allegate practischer Schriften zu beweisen, da alle, vom Verf. eingesehenen Schriften, diese Behauptung als ausgemacht annehmen

meidung zweckloser Vervielfältigung der Eide, und der damit verknüpften Kosten und Weitläuftigkeiten gesetzt. Dieser Grund wird in den meisten Fällen allerdings zutreffen, und den Gerichtsgebrauch insofern rechtfertigen. Daher haben auch alle neuere Gesetzgebungen und Gesetzes-Entwürfe jenes Princip angenommen, wenn sie gleich in der Anwendung desselben unter sich und von dem, was darüber gemeinrechtlich gilt, abweichen, wie sich aus der weiteren Darstellung ergeben wird.

§. 6.

2) Lösung der Frage: wie viele Gemeindeglieder schwören müssen und auf welche Weise die Schwurpflichtigen bestimmt werden.

Wenn nun, wie nachgewiesen worden ist, gemeinrechtlich der Grundsatz: daß nicht alle, sondern nur einige Glieder einer Gemeinde den gerichtlichen Schiedseid zu leisten haben, feststeht, so muß die fernere Frage aufgeworfen werden:

B. wie viele Mitglieder schwören, und auf welche Art dieselben bestimmt werden sollen?

Einige Rechtslehrer haben bestimmte Mitglieder für die Ableistung des Eides angeben zu können geglaubt, deren Behauptungen deßhalb vorerst zu prüfen sind. Mevius behauptet nämlich an einem Orte seiner Decisionen [39]: es stehe im freien Willen einer civitas, durch wen sie den Eid wolle ableisten lassen, denn es sey nirgends verordnet, daß bestimmte Personen für sie schwören müssen. Der Syndicus dürfe aber zur Eidesleistung bestellt werden, jedoch liege die Befugniß dazu nicht schon im Allgemeinen im Syndicat. Deßhalb dürfe die Gemeinde auch jeden Dritten für diese Handlung zu ihrem Procurator wählen. An einem andern Orte [40]) lehrt derselbe Schriftsteller von Collegien das Gegentheil.

---

39) *Mevii* Decis. P. III. D. 54.

40) *Mevius* l. c. P. VII. D. 388.

»Quando collegio vel corpori incumbit iurandi necessitas, per Syndicum vel actorem, si quem habent, id fieri debet. Ubi eo carent, per Seniores praestari juramentum, usus servat, et rationi convenit, dum illi constituti sunt ad curandum et agendum negotia communia, melioremque caeteris scientiam habent. At si illi jurare recusent, non ideo totum collegium caussa cadit, aut caeteri a iureiurando excluduntur, sed si ii, quod collegii est, peragere velint, ob interesse proprium admittuntur, ideo et juramentum praestant [41]).

Die in der 54sten Decision des 3ten Theils von Mevius aufgestellten Grundsätze sind offenbar ein Ausfluß der falschen Ansicht: daß der Schiedseid durch einen Procurator selbst wider den Willen des Gegners abgeleistet werden dürfe [42]). Da diese Voraussetzung falsch ist (§. 5.), so bedarf die Folgerung keiner besonderen Widerlegung.

Die andere Behauptung aber, daß der Syndicus zunächst zur Eidesleistung berechtigt sey, kann aus dem dafür angeführten fr. 1. §. 1. seq. D. quod cujuscunque universitatis nomine. 3. 4. nicht hergeleitet werden, da durch den allgemeinen Grundsatz: »daß eine Gemeinde einen Syndicus halten und durch diesen die gemeinschaftlichen Handlungen verrichten lassen könne,« die specielle Bestimmung: »wornach Eide, wenn nicht Uebereinkunft der Partheien das Gegentheil gestattet, persönlich abgeleistet werden sollen,« nicht aufgehoben wird [43]).

Die Gemeinde-Aeltesten hält Mevius deßhalb für vorzugsweise berechtigt, weil »Seniores collegii sunt instar curatorum, qui negotia eius tam in, quam extra judicium curare et agere opus habent.«

---

41) Noch andere Grundsätze lehrt Mevius a. d. O. P. IV. D. 161.

42) *Mevii* Decis. P. VII. D. 372.

43) Glück Comment. XII. §. 795. S. 224.

In gewisser Hinsicht hat auch Reinhardt [44]) diese Behauptung aufgestellt, unterscheidet sich doch dadurch, daß er den Syndicus für gar nicht berechtigt annimmt. Mevius hat nun aber die Ansicht durch nichts bewiesen, da die Behauptung, daß die Gemeinde-Aeltesten der Gemeinde Procuratoren seyen, eine falsche Voraussetzung, und die, daß Procuratoren den Eid schwören können oder müßten, ja gerade der zur Frage stehende Grundsatz ist. Eben so wenig kann eine allgemeine Regel für gerichtliche Schiedseide auf die von Reinhardt angeführten Gesetze gebaut werden; dann das fr. 97. D. de condit. et demonstr. 35. 1. redet von einem promissorischen Eide [45]), wobei es sich nicht um Wissenschaft und Glauben von thatsächlichen Verhältnissen, sondern um verstärkte Willenserklärung handelte, so daß bei dieser Verschiedenheit beider Fälle die Anwendung des einen ausgesprochenen Grundsatzes, auf den andern offenbar nicht gemacht werden kann.

Ebensowenig stellt der Landfriede von 1521. Tit. 7. §. 9. ein so allgemeines Princip auf, und ein Grundsatz, den der Staat beim Reinigungseide gegen den Verdacht des Landfriedensbruchs befolgt, kann man bloß deßhalb nicht bei den Schiedseiden in Streitsachen über das Mein und Dein befolgen [46]).

Aber selbst dann, wenn Landesgesetze den Vorstand einer moralischen Person zunächst zur Eidesleistung zulassen wollten, bleibt es nothwendig zu untersuchen, wie viele Mitglieder schwören und auf welche Art diese gewählt werden sollen? weil es vorkommen könnte, daß nicht der ganze Vorstand, sondern nur ein Theil desselben zu wählen wäre, oder der Vorstand den Eid aus irgend einem Grunde wirksam ver-

---

44) Reinhardt a. a. O. II. §. 230.

45) M. vergl. die Glosse zu Fr. 97. D. 35. 1.

46) M. s. selbst Reinhardt a. a. O. §. 229. Note 3.

weigerte, und nun andere Mitglieder zur Eidesleistung zuzulassen wären.

Ueber die Zahl der Schwurpflichtigen läßt sich eine allgemeine Praxis nicht nachweisen. Gewöhnlich heißt es drei oder mehrere; und man setzt alsdann noch wohl hinzu: es schade der Sache der moralischen Person nicht, wenn das dritte oder vierte Mitglied auch den Eid aus irgend einem Grunde verweigere [47]. Daraus folgt also, daß man es für hinreichend hält, wenn zwei Glieder schwören. Man wird rücksichtlich dieses Verhältnisses am zweckmäßigsten den Gebrauch der einzelnen Gerichte einhalten, sollte jedoch in keinem Falle von weniger, als dreien den Eid fodern, zumal wenn die moralische Person aus vielen Mitgliedern besteht. Neuere Vorschläge und Gesetze enthalten auch hierüber, unten anzugebende, zweckmäßige Bestimmungen [48]), und über die Folgen, wenn von den zur Ableistung des Eides Gewählten, auch nur Einer die Ableistung verweigert, soll gleichfalls später noch ein Wort gesprochen werden.

Weit interessanter als die Erörterung über die Zahl der Schwörenden ist die über die Wahl derselben geworden. Man findet darüber folgende Ansichten bei den Schriftstellern.

Einige [49]) gestatten das Recht, die Schwörenden zu

---

47) v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. III. S. 143. Note i.

48) Z. B. der Entwurf der Proceß-Ordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. München 1825. §. 592.

49) *Mevii* Decis. P. III. D. 54. *Carpzov* P. I. c. 17. D. 35. n. 10. *Pufendorf* Obs. iur. II. 124. *de Cramer* Obs. iur. IV. 1021. Strube R. B. V. 108. *Malblanc* de iureiur. §. 42. in f. Schmidt hinterlassene Abh. B. 2. N. 40. §. 6. v. Bülow und Hagemann pract. Erört. III. 21. S. 141. in d Note. Danz ord. Proc. §. 369. N. e. Thibaut Syst. d. P. R. §. 1156. Martin Lehrb. d. bürgerl. Proc. §. 215. Glück Comment. XII. §. 795. S. 222. R. J. L. S. v. Himmelstiern Institutionen des Livländischen Processes. Riga 1824. Th. 1. §. 456.

benennen, der moralischen Person, welche zum Eide verpflichtet ist; Andere [50]) gerade umgekehrt dem Gegner; noch Andere [51]) unterscheiden zwischen nothwendigen und deferirten Eiden, und geben bei jenen der Gemeinde, bei diesen dem Gegner das Wahlrecht, und wieder Andere [52]) behaupten, daß nach den Gesetzen zunächst die Mitglieder des Gemeinderaths zur Ableistung berechtigt wären, und wenn diese ihn ablehnten, zuerst der Gegner und wenn dieser nicht wähle, die Gemeinde selbst das Recht zu wählen habe. Nach Andern [53]) sollen diejenigen Glieder, welche die beßte Wissenschaft haben, schwören und die Richter in vorkommenden Fällen die Schwörenden bestimmen.

Für die Ansicht, daß die moralische Person die Schwörenden selbst zu wählen habe, wird angeführt:

1) Die Gemeinde könne eher, als ihre Gegner, beurtheilen, welche Mitglieder die beste Wissenschaft von der Sache haben; allein a) ist diese Voraussetzung nicht nothwendig wahr. Wer dieses am besten beurtheilen könne, ob die moralische Person oder ihr Gegner, hängt von den Um-

---

50) *Mevii* Dec. P. IV. D. 161. *de Berger* Oeconom. iur. L. IV. T. 25. Cap. 1. Not. 3. und Supplem. ad Elect. disc. forens. p I. pag. 221. *Leyser* Med. ad Pand. T. III. Spec. 143. Med. 4. 5. *Schaumburg* princ. prax. L. I. S. I. M. 3. §. 21. *Pfotenhaveri* doctrina processus. ed. 2. cur. *Diedemann*. Lips. 1826. P. I. §. 169. *Bieneri* syst. processus iudiciarii. ed. 3. Lips. 1821. T. I. §. 101.

51) *Hommel* Rhaps. quaest. for Vol. I. Obs. 30. Klein merkw. Rechtssp. B. 2. N. 4. S. 55.

52) *Martini* Comment. forens. in Ducis Saxon. Joh. Georg. I. ordin. proc. iud. Tit. 18. §. 10. n. 28. seq. Reinhardt Handb. d. ord. Proc. II. §. 230.

53) *Rivinus* (def. Chr. Beni. Schlegel) Disp. de iuram. universitatis. Lips. 1746. §. 9. p. 8. Claproth Einl. in den ord. Proc. Th. 2. §. 833.

ständen ab, mithin müßte, wenn jener Grund das Wahlrecht gestimmen sollte, in jedem concreten Falle erst nachgewiesen werden, wer von beiden streitenden Theilen die Mitglieder am besten kenne, und dann würde erst nach dem Ausgange dieser Unterschied zu entscheiden seyn, ob der Gegner oder die Gemeinde im Fragefalle zur Wahl befugt wäre? Es kann aber außerdem b) von jenem Umstande das Wahlrecht deßhalb nicht abhängig gemacht werden, weil sich weder aus allgemeinen Grundsätzen, noch aus positiven Gesetzen ergibt, daß die Parthei, welche die Beweismittel am besten kennt, diese selbst für den Gegner zu wählen habe; und doch setzt die jenseitige Ansicht einen solchen Grundsatz voraus. Denn offenbar ist nicht der Eid, sondern der Schwörende das Beweismittel, dessen Aussage der Beweisgrund, und die eidliche Versicherung des Aussagenden ist die Bedingung der Glaubwürdigkeit. Wenn nun z. B. bei dem deferirten Eide der Gegner einer Gemeinde nur den Eid anzutragen, diese aber die Schwörenden zu benennen hätte, so gebe der Deferent bloß die Art des Beweismittels an, der Delat aber wählte die zu gebrauchende Species. Mit demselben Rechte würde man dann auch behaupten können, daß beim Zeugenbeweise, wenn dem Producten zuzutrauen wäre, eher als der Producent beurtheilen zu können, welche Personen die beste Wissenschaft von der Sache haben, der Producent nur zu erklären habe, er wolle Zeugenbeweis führen, und Product jetzt die Zeugen namhaft zu machen, oder zu wählen habe, was man wahrscheinlich für eine Absurdität halten würde, und dennoch kann der Verfasser sich nicht überzeugen, daß das Wahlrecht in diesem Falle auffallender wäre, als in jenem. Endlich c) folgt daraus, daß die moralische Person die Personen, welche die beste Wissenschaft haben, bestimmter als der Gegner treffen kann, ja noch gar nicht, daß sie nun auch diese mit der besten Wissenschaft ausgerüsteten wählen wird. Diese Wahl könnte ja möglicher Weise gegen ihr Interesse seyn, und daß sie dieses wäre, wird der Gegner

immer glauben. Die Vertheidiger jenes Grundes trauen also der moralischen Person auch einen ausgezeichneten moralischen Willen in dem guten Sinne des Wortes zu, von welchem Vertrauen aber vor Gericht keine so bedeutende Folgen abhängig gemacht werden können. Bekanntlich haben vor Gericht im Allgemeinen beide Theile gleiches Vertrauen, oder eigentlich ausgedrückt, traut man keinem, sondern nimmt an, daß jeder Theil nur sein Interesse, selbst auf Kosten der Wahrheit verfolge, deßhalb fodert man juristische Ueberzeugung. Solche Grundsätze haben auch die Natur des Verhältnisses, welches aus jeder feindlichen Stellung zweier Partheien folgt, für sich. Keine Parthei wird irgend ein Mittel unversucht lassen, den Sieg zu erringen, und gewiß muß der Gegner einer Gemeinde befürchten, diese würde bei der Wahl der Schwörenden nicht mit Verläugnung ihres eigenen Interesses und unbekümmert um den Ausgang der Sache, die mit der besten Wissenschaft begabten, sondern mit sorgfältiger Wahrnehmung jedes Vortheils, solche Personen wählen, von denen sie im Voraus die Ueberzeugung hat, daß sie auf jeden Fall im Interesse der Gemeinde schwören. Die jenseitige Ansicht übergibt also den Gegner einer moralischen Person unbedingt der Willkühr der letzteren, ohne zureichenden rechtlichen Grund, und bei dringender Gefahr, daß die Gemeinde diese Stellung mißbrauche.

Zwar gibt man dem Gegner der Gemeinde das Recht, „für den Fall, daß diese wider Verhoffen leichtsinnige, oder der Sache nicht genug kundige Personen gewählt haben sollte, Einwendungen gegen die Gewählten vorzubringen und die Ernennung anderer zu verlangen, auch allenfalls einige in Vorschlag zu bringen, die etwa bessere Wissenschaft von der Sache haben.“ Allein dadurch, daß man Jemanden erlaubt, sich zu vertheidigen, wird der Angriff nicht gerechtfertigt. Wenn also der moralischen Person das Wahlrecht nicht aus einem andern Grunde gebührt, so kann es ihr doch wahrlich nicht deßhalb zugestanden werden, weil man dem Gegner erlaubt,

Mißbrauch zu verhüten. Und wenn der Gemeinde jenes Wahlrecht wirklich zusteht, wie kann man es ihr denn deßhalb entziehen und ihrem Gegner zugestehen, wenn sie wider Verhoffen leichtsinnige oder der Sache unkundige Personen gewählt hat! Wer ein Recht hat, verliert es ja deßhalb allein nicht, weil er nicht immer den gehofften Gebrauch damit gemacht hat, und deßhalb müßte ein solcher Nachtheil, der die Gemeinde wegen unpassender Wahl treffen sollte, nothwendig gesetzlich angedroht seyn, sonst wäre die Strafe willkührlich und also ungerecht. Es scheint fast, als wenn man das Wahlrecht der moralischen Person aus der guten Hoffnung auf den davon zu machenden redlichen Gebrauch gebaut hätte, so daß, wenn diese Hoffnung zu Schanden würde, auch das Wahlrecht unterginge; aber auch das ist kein zureichender Grund, der Gemeinde das Wahlrecht zuzugestehen, und wenn es das wäre, so würde man dieses Wahlrecht wegen factischen Mißbrauchs doch selten dem Gegner einräumen können, weil der Beweis, daß die moralische Person leichtsinnige Subjecte vorgeschlagen, nicht immer gelingen, und der Beweis, daß die Gewählten zu wenig Wissenschaft hätten, um so mißlicher zu führen seyn würde, weil ja gerade durch den Eid die zureichende Wissenschaft hergestellt werden soll.

Eben deßhalb, weil es so sehr schwierig seyn wird, zu beweisen, daß die Gewählten leichtsinnige, oder nicht im Besitz zureichender Wissenschaft sich befindende Personen seyen, hat man die Lage des Gegners einer Gemeinde, durch das eingeräumte Recht, Einreden vorzuschützen, nicht so sehr gebessert, wie man anzunehmen scheint, und ihm auf keinen Fall einen Ersatz für das eigene Wahlrecht gegeben, falls ihm dieses gebühren, und man es der moralischen Person mit Unrecht zugestanden haben sollte. Denn es braucht kaum erinnert zu werden, daß sehr leicht jemand im höchsten Grade leichtsinnig seyn, oder von einer Sache keine Wissenschaft haben, und daß man hiervon moralisch überzeugt seyn, und es dennoch nicht juristisch beweisen könne. Es macht also einen großen

Unterschied, ob man für das fragliche Verhältniß das Wahlrecht, oder nur die Befugniß, die getroffene Wahl anzufechten, hat. Wem die Ausübung des ersteren zugestanden wird, hat immer einen entschiedenen Vortheil vor dem Gegner, weil die Wirksamkeit dessen Angriffs von einem schwierigen Beweise abhängt. Offenbar ist dieses Vertheidigungsrecht also kein hinlänglicher Ersatz für das Wahlrecht und eben deßhalb kann man das Zugestehen des Wahlrechts an die Gemeinde nicht dadurch rechtfertigen, daß man dem Gegner jenes Exceptionsrecht einräumt. Vielmehr ist es nothwendig zu beweisen, wem jenes Wahlrecht nach rechtlichen Grundsätzen gebühre, und dem kann es für einen so schwachen Ersatz nicht entzogen werden.

2) Soll man der moralischen Person auch schon darum die Auswahl der Schwörenden überlassen müssen: „weil sie das auf ihr Gewissen nehmen soll, was einige aus ihrer Mitte in ihrem Namen schwören werden.“ Dieser Grund erscheint schon darum etwas sonderbar, weil eine moralische Person nur ein juristischer Begriff, ein Ding ist, das nur in der Idee besteht, also das, was wir bei physischen Personen Gewissen nennen, nicht hat. Soll jener Grund aber enthalten, daß alle einzelnen, auch nicht schwörenden Glieder dieselbe Verantwortlichkeit durch den Eid übernehmen, wie die wirklich Schwörenden, so ist die Behauptung theils falsch, theils folgt daraus das Hergeleitete nicht.

Der Grund wird nämlich nicht darauf gebaut, daß die übrigen Mitglieder die bürgerlichen Nachtheile, welche sich an die Eidesableistung knüpfen könnten, z. B. Verlust der Sache, leiden müßten, was freilich richtig ist, oder daß, wenn die Schwörenden einen Meineid geschworen, die übrigen Mitglieder auch eine Strafe treffen könnte, was, wenn es bloße Folge der Eidesleistung seyn sollte, ohnehin falsch wäre; sondern darauf: daß die nicht schwörenden Mitglieder eben deßhalb, weil in ihrem Namen geschworen werde, die Verantwortlichkeit vor dem ewigen Richter mit übernehmen.

Vorerst kann diese Folge nur diejenigen Glieder treffen, welche für die Ableistung des Eides gestimmt haben, mag der Eid ein zugeschobener, zurückgeschobener, ein nothwendiger oder eine Art des Schätzungseides seyn; denn die übrigen, an jenem Beschlusse nicht theilnehmenden trifft auch keine Verantwortlichkeit. Jene Gewissensbeschwerung ist aber für diejenigen, welche sie trifft, schon in dem Augenblicke vorhanden, wo sie ihre Zustimmung zu dem Beschlusse, daß der Eid im Namen der Gemeinde abgeleistet werden solle, gegeben haben. Ob nun der ewige Richter eine größere Verantwortlichkeit an diese Handlung knüpft, wenn ihre Ernstlichkeit eidlich betheuert wird, entscheidet hier nichts; der sittlich gute Mensch wird auch darüber in keine Verlegenheit gerathen, da er den falschen Eid nicht mehr und nicht weniger vermeiden muß, wie jede andere Unsittlichkeit und Widerrechtlichkeit. Auf keinen Fall aber wird dadurch die Verantwortlichkeit größer werden, weil Klaus und nicht Kunz geschworen hat, wenigstens werden Menschen in dieser Beziehung nicht das Gegentheil im Rathschlusse des ewigen Richters mit dem Erfolge annehmen dürfen, daß daran rechtliche Folgen in diesem Leben geknüpft werden. Man könnte zwar davon ausgehen, daß bei der Abfassung des Gemeindebeschlusses über die Annahme vielleicht einzelne Glieder für den Beschluß gestimmt hätten, welche selbst von der zu beschwörenden Sache gar keine Wissenschaft und über die Gerechtigkeit derselben gar kein Urtheil gehabt, dem Beschlusse aber deßhalb beigetreten seyen, weil einzelne andere Mitglieder ihre Wissenschaft versichert und diese demnächst eidlich betheuern zu wollen versprochen haben, so daß jene, durch fremde Ueberzeugung zur Zustimmung geleiteten Glieder, jetzt wesentlich dabei interessirt seyen, daß nun auch diejenigen, welche durch ihre Wissenschaft der Bestimmungsgrund für den Gemeindebeschluß waren, ihre Aussagen eidlich bekräftigten. Allein dieses Interesse einiger Glieder der Gemeinde ist kein zureichender Grund, dieser das Wahlrecht zuzusprechen, auch beruht jene Rücksicht auf einem falschen

Interesse, weil der, ohne wahre Ueberzeugung von der Gerechtigkeit der Sache, dem Beschlusse Beigetretene, vernünftiger Weise sein Gewissen dadurch nicht rein erhält, daß diejenigen, welche ihn vielleicht irre geleitet, ihren Vorspiegelungen durch den Eid einen größeren Schein von Wahrheit gegeben haben.

Aus dem Dargestellten folgt: daß das Wahlrecht der Gemeinde wenigstens nicht aus den, seither dafür angeführten Gründen zusteht, deßwegen könnte es ihr freilich wohl anderer Gründe wegen zugesprochen werden. Daß dieses jedoch nicht der Fall ist, kann indirect durch den Beweis: daß dem Gegner einer zum Eide verpflichteten Gemeinde dieses Wahlrecht zustehe, dargethan werden; denn dadurch wird die Gemeinde von dieser Befugniß offenbar ausgeschlossen. Der Beweis der Nichtzuständigkeit wird in der gegenwärtigen Darstellung deßhalb indirect zu führen versucht, weil sodann zugleich bewiesen ist, daß dem Gegner der moralischen Person die Befugniß, die schwörenden Personen zu wählen, wirklich zusteht.

Bei diesem Beweise wird davon ausgegangen: daß die Gesetze keine ausdrückliche Bestimmung für unsern speciellen Fall ausgesprochen haben, und daß der, in der Rechtspflege allgemein befolgte Grundsatz: nach welchem regelmäßig nicht alle, sondern nur einzelne Glieder der moralischen Person, einen, dieser aufliegenden Eid, abzuleisten haben, weder aus den allgemeinen Grundsätzen über den gerichtlichen Schiedseid, noch aus dem Wesen einer moralischen Person, nothwendig folgt, darnach vielmehr in dem Falle, daß eine moralische Person einen Eid zu leisten hat, wenigstens so viele einzelne Mitglieder, als zur Wirklichwerdung des Gemeindebeschlusses für den Gebrauch des Eides gestimmt haben und stimmen mußten, auf Verlangen des Gegners den Eid zu leisten hätten, und daß also die von der Rechtspflege befolgte Regel, bloß auf ein specielles positives Gesetz oder einen allgemeinen Gerichtsgebrauch sich gründet, und daß die Gesetze

oder der Gerichtsgebrauch, also etwas besonderes gegen die allgemeine Regel eingeführt haben. Von diesen Voraussetzungen darf man um so unbedenklicher ausgehen, da sie aus allgemeinen Grundsätzen fließen, deren Ungültigkeit nicht bewiesen werden kann, und diese Folgerungen weder als solche bestritten werden können, noch ihre Gültigkeit mit Grund bis jetzt widerlegt ist.

Geht man aber von diesen Voraussetzungen aus, so folgt: daß, abgesehen von jener besonderen in der Rechtspflege nun einmal befolgten Bestimmung, welche den Eid nur von einzelnen Gliedern der Gemeinde fodert, deren Gegner den Eid von allen, an dem für die Ableistung des Eides gefaßten Beschlusse Theil nehmenden Gliedern fodern konnte und daß also der De- oder Referent, indem er von der moralischen Person den Eid forderte, zugleich von allen jenen Gliedern die Eidesleistung verlangte. Es würde aber nicht nöthig seyn, sämmtliche Glieder als die Schwörenden zu benennen, oder wenn das ist, sie der Reihe nach aufzuführen, da die Erklärung: man wolle der Gemeinde den Eid zu- oder zurückschieben, ja dasselbe ausdrückte, als wenn man die einzelnen Glieder aufgezählt hätte. Haben nun die Gesetze oder der Gerichtsgebrauch jenes Recht des Gegners einer Gemeinde dahin beschränkt, daß er statt von allen, nur von einigen, der Zahl nach bestimmten Gliedern den Eid verlangen kann, so kann dadurch das ursprüngliche Recht des Gegners der Gemeinde doch auch nur insofern beschränkt angenommen werden, als der Grund jener Beschränkung reicht; denn nur so weit, als der Grund geht, geht auch das Begründete. Der Grund der beschränkenden Bestimmung aber war, die Zahl der schwörenden Glieder zu verringern; statt aller sollten nur einige schwören. Hatte der Gegner der schwurpflichtigen Gemeinde früher die Befugniß, alle Gemeindeglieder zum Eide aufzufordern, so dürfte er seit jener beschränkenden Bestimmung nur einige auffordern; aber deßhalb war er aber auch nur in Rücksicht der Zahl beschränkt; die-

jenige Anzahl, die auch jetzt noch schwören muß, ist der De- oder Referent deßhalb namhaft zu machen befugt, weil jene Beschränkung nicht auf das Recht der Aufforderung und Benennung überhaupt, sondern auf das Recht, alle Glieder aufzufodern gerichtet war. Wenn nun das Gesetz oder der Gerichtsgebrauch nicht über die Wahl etwas Bestimmtes einführte, so kann diese keinem andern gebühren, als demjenigen, der sonst alle, jetzt aber nur einige zum Schwören soll auffordern dürfen, also dem De- oder Referenten des Eides. Dieses Recht zu wählen, hatte der Gegner der Gemeinde ja offenbar selbst schon, als noch alle Glieder schwören mußten, denn da hing es von ihm ab, den Eid einzelnen zu überlassen, also diejenigen auszuwählen, von denen er den Eid geleistet haben wollte. Wenn nun das spätere Recht den De- oder Referenten zu diesem Erlassen nöthigte, so erkannte es die Auswahl einer bestimmten Zahl der Schwörenden als die übrig gebliebene Befugniß an. Diese Befugniß steht aber dem ursprünglich und nach allgemeinen Grundsätzen Berechtigten so lange zu, bis ein besonderes Gesetz sie aufgehoben und der Gemeinde die Wahl eingeräumt hätte. Nicht einmal dem Gerichtsgebrauche kann die Kraft zugestanden werden, jene Befugniß dem Gegner einer Gemeinde zu entziehen, und sie diesem zuzugestehen, denn es wird unten näher nachgewiesen werden, daß triftige Gründe nur für das Wahlrecht des Gegners der Gemeinde vorhanden sind, der Gerichtsgebrauch also wegen seiner nothwendigen Unzweckmäßigkeit kein gesetzliches Ansehen haben konnte [54]). Ein Gesetz, welches der Gemeinde das Wahlrecht gebe, ist aber nicht vorhanden, auch nie dafür in Bezug genommen. Andere Gründe, welche man für eine solche Behauptung anführt, sind schon oben zu widerlegen versucht; ein allgemeiner Gerichtsgebrauch kann dafür nicht einmal angeführt werden,

---

54) Jordan im Arch. f. c. P. VIII. S. 241.

weil, wenn auch viele Processualisten das Wahlrecht der Gemeinde zusprechen, doch auch andere ältere und neuere Proceßlehrer nur dem Gegner der Gemeinde jenes Wahlrecht einräumen [55].

Für das Wahlrecht des De oder Referenten spricht aber außerdem noch eine Reihe innerer Gründe, welche in der Natur der, bei der Beweisführung durch den Eid entstehenden Verhältnisse liegen. Nach der Natur des freiwilligen Schiedseides legt nämlich der Schwörende vertragsmäßig in eigner Sache vollgültiges Zeugniß ab. Nur Mangel anderer zureichender Beweismittel, oder großes Vertrauen auf die Moralität des Gegners sind gewöhnlich die Gründe, aus denen man zu diesem Beweismittel greift. Wenn nun im Verhältniß zu einer Gemeinde der De- oder Referent nicht einmal diejenigen Personen, von denen er, auf ihren moralischen Werth vertrauend, den Eid verlangt, soll wählen dürfen; so wäre er offenbar der größten Willkühr des Gegners ausgesetzt. Die Gemeinde hingegen hat im Allgemeinen keinen erheblichen Grund, weßhalb nicht jedes Mitglied, welches dem Beschlusse für die Annahme des Eides beistimmte, schwören sollte, und wenn im Concreten das dennoch der Fall ist, so bleiben ihr Mittel, einen Nachtheil, den die Partheienrolle mit sich führt, abzuwehren. Denn daß einer moralischen Person nicht dieser Eigenschaft, sondern ihrer Partheienstellung wegen das Wahlrecht im Früheren abgesprochen worden, bedarf nur der Erwähnung.

Selbst der Landfriede von 1521. VII. §. 9. unterstützt diese Ansicht insofern, als darin verordnet ist, daß besonders auch diejenigen Personen, welche der Kläger benannt habe, den Eid schwören sollen.

---

55) Vergl. die Schriften in d. Note 50.

§. 7.

3) Grundsätze neuerer Gesetzgebungen über die in den beiden vorhergehenden §§. aufgestellten Fragen.

Neuere deutsche Proceßgesetze und Entwürfe gehen gleichfalls davon aus, daß sowohl nach Rechtsgrundsätzen, als nach den Forderungen der Gesetzgebungspolitik, der De- und Referenten eines Eides, einer Gemeinde gegenüber, das Wahlrecht gebühre. Dahin gehören mehrere ältere sächsische Proceßordnungen [56]. Zwar ist in anderen sächs. P. O. der Gemeinde selbst die Wahl der Schwörenden, jedoch gewöhnlich mit Ausschluß des Syndikus, gestattet [57], und vorgeschrieben, daß die drei oder vier ältesten, welche um die Sache Wissenschaft am besten haben möchten, den Eid leisten sollen [58]; allein durch spätere Rescripte ist sowohl beim deferirten, als beim referirten und den nothwendigen Eiden, dem Gegner der Gemeinde das Wahlrecht zugesprochen [59]. Das preußische Recht [60] enthält sehr genaue Bestimmungen, und verordnet: wenn von einer Stadt- oder Dorfgemeine, einem Collegio oder einer anderen Corporation ein Eid zu leisten ist: so steht dem Gegner frei, drei bis vier Mitglieder, und unter diesen auch den Syndikus des Collegii, oder den Stadt-

---

56) Altenb. u. Goth. P. O. P. I. cap. 54. §. 7. und Zusatz V. 15. zur Goth. P. O. Sächs. Erl. P. O. zum Tit. 18. §. 5.

57) Ernest. P. O. P. I. cap. 9. §. 8. Schwarzb. P. O. P. II. Tit. 10. §. 11. 22. Kori Theorie des sächs. Proz. §. 42. Note 8. Dasselbe ist auch nach der Praxis der Livländischen Gerichte der Fall. v. Himmelstiern Institutionen des Livländ. Proz. Riga 1824. Th. I. §. 456.

58) Novell. Elect. Saxon. Augusti P. I. Const. 13. „von wegen einer Commun oder Collegii". Mehrere Verordnungen bei *Martini* Comment. in Tit. 18. §. 8. n. 29. seq.

59) *Pfotenhaveri* doctrina processus. cur. Diedemanno. §. 169. *Bieneri* Syst. proc. jud. edit. 3. T. I. §. 101.

60) Preuß. allgem. Gerichtsord. Th. I. Tit. 10. §. 270.

schreiber, wenn es einen Magistrat betrifft, zur Leistung des Eides aufzufordern. Das österreichische Recht [61], entspricht den allgemeinen Grundsätzen über die Beweisführung in dieser Lehre weniger, als das preußische, denn jenes gestattet dem Eideszuschieber nur, die Individuen, welche schwören sollen, vorzuschlagen, und trägt dem Gerichte besonders auf, nach den Rechtsverhältnissen der Theilnehmenden so zu entscheiden, daß der Eid nicht ohne Noth vervielfältigt, und nur denjenigen, die ihn nach eigenem Wissen ablegen können, auferlegt werde. Des Eideszuschiebers Befugnisse scheinen dadurch, daß man sie blos auf ein Vorschlagen zurückführt, zu sehr beschränkt, und das richterliche Ermessen gegen die Grundsätze der Verhandlungsmethode, selbst gegen die einer gemäßigten Untersuchungsmethode, zu sehr erweitert. Selbst davon ausgegangen, daß der Richter durch den Beweis überzeugt werden solle, und es ihm deßhalb überlassen werden müsse, bei mehreren vorhandenen Beweismitteln besonders auf diejenigen zu achten, die ihm vorzüglich zur Begründung juristischer Ueberzeugung geeignet scheinen, möchte man jene Grundsätze im speciellen Falle nicht zureichend vertheidigen können, indem es sich hier um ein Beweismittel handelt, das regelmäßig nur als letztes übrigbleibendes Nothmittel vom Beweispflichtigen benutzt wird, wodurch dieser den Ausgang der Sache durchaus von des Gegners Rechtlichkeit abhängig macht, wobei also dem Eideszuschieber so viel wie möglich freie Wahl bei der Benutzungsart gelassen werden sollte [62]. Originelle Grundsätze über diese Lehre enthält der neue Entwurf der Proceß-Ordnung in bürger-

61) Pratobevera Materialien B. 5. S. 182 unter c.

62) Das Oesterreichische Recht hat um so mehr gegen sich, da es dieselben Grundsätze selbst dann anwendet: wenn mehreren Streitgenossen und Gesellschaften ein Eid deferirt wird, wo nothwendig alle, auf Verlangen des Eideszuschiebers schwören sollten (§. 3. a. O.).

lichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Baiern [63]), nämlich:

§. 592. „Hat eine Personen-Gemeinheit (Körperschaft) einen Eid zu schwören, so sind:

1) wenn eigene Handlungen ihrer Vorstände, Administratoren, oder einzelner Mitglieder den Gegenstand der Eidesleistung ausmachen, nur diese Personen,

2) entgegengesetzten Falles aber, wenn die Gemeinheit nur aus sechs, oder weniger Mitgliedern besteht, alle Mitglieder zur Eidesleistung berufen.

Besteht die Gemeinheit aus mehr als sechs Gliedern, so soll sie, wenn sie Mitglieder bis zu zwanzig zählt, deren wenigstens sechs, und wenn sie zahlreicher ist, den dritten Theil ihrer Mitglieder, jedoch nicht über fünfzig, zur Eidesleistung vorschlagen.“

§. 593. „Aus diesen gesetzlich Berufenen, oder von der Gemeinheit Vorgeschlagenen, darf der Gegentheil Den- oder Diejenigen, welche schwören sollen, jedoch nie über vier Personen wählen. Ist aus den Gewählten Einer oder der Andere gestorben, andauernd verhindert, oder in einen Zustand der Eidesunfähigkeit verfallen, so darf der Gegentheil nachträglich aus den übrigen Berufenen oder Vorgeschlagen die Abgehenden ersetzen.“

Der Vorschlag, bei der Zahl der Schwörenden auf die Anzahl der Gemeindeglieder zu sehen, empfiehlt sich als sehr zweckmäßig, eben so der, daß die Gemeinde Glieder zur Auswahl vorschlagen soll; allein dabei scheint es dem Verfasser besser, wenn die Gemeinde nur solche Glieder, die dem Beschlusse für die Ableistung des Eides beygetreten sind, und diese aber sämmtlich vorschlagen müßte; denn dadurch würde auf Seiten der Gemeinde leichtsinniges Beitreten zum Beschlusse auf Eidesleistung verhindert, und dem Gegner die ihm nach allgemeinen Grundsätzen gebührende freie Auswahl

63) München 1825.

nicht beschränkt. Sodann sollte, wenn es sich um eine neue Gesetzgebung handelt, auch die Zahl der Schwörenden größer oder kleiner nach der Anzahl der Gemeindeglieder bestimmt werden, denn je größer die Gemeinde, desto größer ist die Gefahr, auf leichtsinnige Individuen bei der Wahl zu stoßen; und diese Gefahr mindert sich, durch die größere Zahl der zu Wählenden.

Eine eigenthümliche Schwierigkeit veranlassen diejenigen Gesetze, welche zwar über Zahl und Eigenschaften der zur Leistung des Eides zu nehmenden Gemeindeglieder Vorschriften enthalten, aber die Befugniß zur Wahl nicht genau bestimmen. So enthält unter andern die im Großherzogthum Hessen bis jetzt gültige Proceßordnung vom J. 1724. Th. II. Tit. 5. §. 4. folgende Bestimmung.

»Es ist aber in Fällen, wo ganze Gemeinden, oder Collegia zu schwören haben, dahin zu sehen, daß sodann aus solchen corporibus vor andern diejenige, so guten Gerüchts seyn, und von der Sache, worüber das decisorium de- oder referirt wird, speciale oder doch die beste Wissenschaft haben, zum Schwören aufgesucht, die übrige membra collegii vel universitatis aber, wann solche zumalen neue Ankömmlinge oder Einziehere sind, mithin von der Sache, warum der Streit ist, gar keine, oder doch keine genugsame Wissenschaft haben, mit dem juramento verschont, auch denen membris jurantibus eine Specialvollmacht ad jurandum zu ertheilen, nicht angehalten werden; welches alles wir auf solche Art auch bei andern speciebus juramentorum, wodurch eine Sache per indirectum ebenfalls decidirt wird, und worin es auf facta propriae scientiae ankommt, beobachtet, und darin nicht leicht Procuratores admittirt haben wollen.«

Durch dieses Gesetz ist bestimmt nur entschieden, daß nur einige Gemeindeglieder den von einer Gemeinde abzuleistenden Eid schwören, und Procuratoren dazu regelmäßig nicht zugelassen werden sollen. Wer aber die Schwörenden zu wählen habe, bestimmt das Gesetz nicht. Dennoch leitete

ein hessisches Obergericht daraus das Wahlrecht der Gemeinde ab. Wenn man aber die vorhergehende Ausführung als richtig zugibt, so muß auch in Hessen, vermöge eines anerkannten reichsgesetzlichen Grundsatzes, wornach die Partikulargesetze durch die Reichsgesetze ergänzt werden sollen [64], dem De- oder Referenten die Befugniß, die Schwörenden zu wählen, zugestanden werden. Nur so viel folgt aus jenem Gesetze: daß Gemeindeglieder, welche ihr eigenes Wissen beschwören können, denen vorgezogen werden müssen, welche blos de credulitate schwören könnten, und daß unter Umständen Procuratoren den Eid ableisten dürfen. Als allgemeine Regel gilt aber bei solchen, nicht alle speciellen Punkte entscheidenden Partikulargesetzen, daß sowohl die materiellen Rechtsgrundsätze, als auch das Formelle bei der Beweisführung, im Zweifel aus der Theorie des gemeinen Civilprocesses entnommen werden muß.

§. 8.

5. Einfluß auf das Beweisverfahren. Beweisantretung.

Nachdem im Vorigen die Lösung der schwierigsten Fragen dieser Lehre versucht worden ist, soll nun auch das Verfahren bei der Beweisführung durch den Schiedseid in seinem Zusammenhange betrachtet werden.

Bei der Beweisantretung müssen natürlich auch hier alle wesentlichen Stücke beobachtet werden. Da diese nun darin bestehen, daß der Beweisführer den Beweis zu übernehmen erklärt, und zugleich detaillirt die Mittel, wodurch er das Beweisthema zur juristischen Gewißheit erheben will, anzeigt [65], so ist der Beweis durch Eidesdelation insbesondere dann förmlich angetreten, wenn der Producent er-

64) Linde im Arch. f. c. Pr. IX. S. 238. u. das. Angef.

65) Gönner Handb. des deutschen gem. Processes, II. 37. §. 27. S. 286.

klärt, den ihm auferlegten Beweis durch den Eid führen zu wollen, und die Schwörenden namhaft macht. So lange diejenigen Glieder, welche für die Annahme des Eides stimmten, sämmtlich auf Verlangen des Gegners zu schwören verpflichtet waren, und eine Befreiung von dieser Pflicht nur in dem Verzicht des Gegners lag, konnte die Beweisantretung auf dreifache Art förmlich geschehen, indem

1) entweder der Gegner der Gemeinde von allen zum Schwören Verpflichteten den Eid fordern konnte, und deßhalb

a) entweder allgemein erklärte: er verlange, daß die Gemeinde schwöre;

b) oder die Schwörenden sämmtlich namhaft machte und von jedem den Eid verlangte;

2) oder er verzichtete auf die Befugniß, von sämmtlichen Schwurpflichtigen den Eid wirklich zu fodern, und verlangte die Eidesleistung nur von einigen Gliedern. In diesem Falle ist die Erklärung: die ganze Gemeinde solle schwören, offenbar gegen den Zweck des die Eidesleistung Fordernden; daher kann er hier nicht der Gemeinde den Eid de- oder referiren, sondern nur denjenigen einzelnen Personen, welche ihn wirklich ableisten sollen.

Da nun nach unserem heutigen Proceßrechte in der Regel nur einzelne Glieder in der Gemeinde zu schwören verpflichtet sind, so kann der Gegner, genau genommen, jetzt nicht von der Gemeinde, sondern von den einzelnen Gliedern den Eid verlangen, und hat also denselben auch nur diesen zu de- oder referiren. In der Rechtspflege verlangt man bisweilen dennoch, daß auch jetzt noch der Gemeinde der Eid ausdrücklich zu- oder zurückgeschoben werde, erklärt wohl gar, wenn dieses nicht geschehen und der Antrag in der oben als richtig behaupteten Form geschehen, den Beweis für desert, oder die Zurückschiebung für unstatthaft [66]), und führt dafür

66) Selbst ältere Gesetze stellen dieses als Grundsatz auf. Verord. und Constit. des Churf. August v. 1572. P. I. Tit. 13. „Da

als Grund an: daß der Eid nur der Parthei, also der moralischen Person, der Gemeinde selbst, nicht aber dritten oder im Fragefalle einzelnen Mitgliedern zugeschoben werden könne. Daß nur der Parthei und nicht einem Dritten der Eid zugeschoben werden kann, ist allerdings ein richtiger Rechtssatz, gegen den aber die oben vertheidigte Form deßhalb nicht anstößt, weil die zur Ableistung des Eides verpflichteten Personen zu offenbar dieser Verpflichtung wegen, und weil von ihrer Eidesleistung das Recht der Gemeinde gesetzlich abhängt, gar nicht dritte, sondern mit der Gemeinde für den concreten Act, in Folge einer, in der Rechtspflege angenommenen, Ansicht, identische Personen sind. Man kann jenem Gerichtsgebrauche eben folgerichtig entgegensetzen: daß der Eid nur demjenigen deferirt werden kann, der ihn ableisten darf und soll, und da ihn weder die Gemeinde als Ideending, noch auch deren sämmtliche Mitglieder weder ableisten dürfen noch sollen, so würde die Zu- oder Zurückschiebung des Eides an die Gemeinde sogar insofern formwidrig seyn, als die Erklärung zu unbestimmt wäre, indem man nicht wüßte, von welchen einzelnen Mitgliedern der Eid geleistet werden sollte. Mit mehr Recht könnte man also bei solcher Beweisantretung den Beweis für desert erklären.

Da der Deferent bei der Wahl der Schwörenden insbesondere durch die möglichen Recusationsgründe der Gewählten beschränkt ist, so ist er befugt, zu verlangen, daß ihm die Gemeindeglieder, welche für die Delation und beziehungsweise Acceptation des Eides gestimmt haben, namhaft gemacht werden, damit er aus diesen wählen kann [67]). Aus diesem

aber etzlichen Personen allein des collegii und nicht dem ganzen collegio der Eyde deferiret, so sol derselbige, weil die delation der klagen, welche auf das ganze Collegium gericht, nicht gemeß, mit dermaßen particular delation nicht zugelassen werden. Es weren dann solche Personen insonderheit ex suo facto in der klagen mit beklaget."

67) In der Eisenach. P. O. Tit. X. §. 21. endet sich die Vorschrift,

Grunde kann die Benennung der Schwurpflichtigen mit der Beweisantretung auch nicht für so wesentlich gehalten werden, daß die Unterlassung Desertion des Beweises zur Folge hätte [68]). Es ist der De- oder Referent eines Eides, einer Gemeinde gegenüber, sogar berechtigt, von sämmtlichen Mitgliedern eine Erklärung darüber, ob sie zur Ableistung des Eides bereit seyen, schon mit der Beweisantretung abzufodern. Diese Befugniß gestehen Manche [69]) nur für den Fall zu, wenn die einmal gewählten Mitglieder die Ableistung verweigern; allein eine solche Beschränkung ist ungegründet, weil nicht jene Weigerung die Befugniß zur Forderung der angegebenen Erklärung erst begründet, dieselbe vielmehr ihren Grund darin hat, daß dadurch zwecklose und wiederholte Wahlen, also unnütze Verhandlungen, abgeschnitten werden.

§. 9.

Erklärung der Gemeinde.

Auch der Gemeinde steht das Recht zu, den Eid anzunehmen, und beziehungsweise zurückzuschieben, oder Gewissen mit Beweis zu vertreten. Die Entschließung hierüber wird durch einen förmlichen Gemeindebeschluß gefaßt. Nimmt sie den Eid an, welcher Fall hier allein in Betracht kommt, so

---

daß die Gemeinde die Personen aus ihrer Mitte, welche die beste Wissenschaft von der Sache haben, mit Ausschluß des Syndikus, dem Gegner zur Wahl vorschlägt.

68) Die preuß. allgem. G. O. I. 10. §. 271. enthält für diesen Fall folgende Bestimmung: „Benennt der Gegentheil keine Mitglieder, so müssen die ältesten den Jahren nach, oder diejenigen, die nach den Umständen die beste Wissenschaft von der Sache haben können, dazu geordnet werden; und wird angenommen, daß der Gegentheil durch die unterlassene Benennung, die Auswahl dem Gewissen der Gemeine, oder des Collegii u. s. w. anheim gestellt habe.“

69) Glück Comment. XII. S. 223.

hat sie sich nun zugleich über die vom Gegner getroffene Wahl zu erklären, insbesondere die Gründe anzuführen, aus denen sie die gewählten Glieder nicht zur Eidesleistung für geeignet hält. Dahin gehören hauptsächlich:

1) daß die Gewählten am Beschlusse für die Zuschiebung und respective Annahme des zurückgeschobenen Eides entweder keinen Antheil genommen, oder gar dem desfallsigen Gemeindebeschlusse geradezu widersprochen haben;

2) daß die Gewählten aus anderen gesetzlichen Gründen einen Eid entweder nicht abzuleisten brauchen, oder dürfen, weil sie z. B. später in eine Criminaluntersuchung verwickelt, in naher Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit dem Gegner schon gestanden haben oder später getreten sind [70].

Dagegen scheint es kein zureichender Recusationsgrund zu seyn, daß die Gewählten nur einen Glaubenseid, Andere aber einen Wahrheitseid ableisten könnten [71]; jedoch kann

---

70) *Rivinus* l. c. §. 11.

71) A. M. ist *Rivinus* l. c. §. 9. 11. 15. Auch die preuß. allgem. G. O. I. 10. §. 272. stellt als Grundsatz auf: „Sollte der Gegentheil solche Mitglieder, denen die wenigste Wissenschaft von der Sache beiwohnt, gewählt haben: so muß der Richter diejenigen, welche schwören sollen, nach vernünftigem Ermessen, selbst und von Amtswegen aussuchen.“ Sollten hierdurch nicht die Grenzen selbst einer guten Untersuchungsmethode überschritten seyn? Wenn moralische Ueberzeugung, das Glauben, zureichender Grund ist, weßhalb ein Gemeindeglied den Beschluß für die Annahme des Eides zu Stande bringt, so sollte man es dem Gegner der Gemeinde doch billig gestatten, durch den Glaubenseid sich davon zu vergewissern, daß dieses, vielleicht den Ausschlag gebende Mitglied, auch wirklich von der moralischen Güte der Sache für die Gemeinde überzeugt war. — Indessen wird der Grundsatz des preuß. Rechts im §. 272. wenigstens bei theilbaren Sachen nicht gefährlich, weil im §. 274. vorgeschrieben ist, daß in dem Falle, wo einer Gemeinde der Eid über eine theilbare Sache zugeschoben wird und der Gegner ausdrück-

der Gegner es sich gefallen lassen, daß die Wissenden an die Stelle der Glaubenden gesetzt werden. Der Gemeinde kann nämlich dabei, ob der Proceß in Folge eines von ihren Gliedern abgeleisteten Glaubens- oder Wahrheitseides entschieden wird, nicht interessirt seyn, und insoweit wäre dieser Recusationsgrund von dem Interesse des Gegners hergeleitet. Daß aber auch diejenigen, welche nur de credulitate schwören können, selbst dann, wenn Andere de veritate zu schwören bereit sind, den Eid ableisten müssen, wird im §. 11. näher nachgewiesen werden.

Mit der Angabe der Recusationsgründe ist die Gemeinde zwar befugt, andere Schwörende vorzuschlagen, wovon aber der Gegner, wenn auch seine getroffene Wahl nun als unzulässig verworfen worden wäre, nicht gebunden ist, sondern er hat das Recht der wiederholten freien Wahl.

§. 10.

Warum müssen Mitglieder der Gemeinde schwören?

Der gerichtliche Schiedseid unterscheidet sich als assertorischer Eid von vielen anderen gerichtlichen Nebeneiden promissorischer Natur dadurch, daß es bei diesen auf die Bestärkung einer Willensäußerung, bei jenen aber auf die Bestärkung der Versicherung, daß der Schwörende Thatsachen selbst bestimmt erfahren habe und also wisse, oder deren Daseyn aus hinreichenden Gründen für wahr halte, glaube. Daher kann auch nur bei assertorischen Eiden der Schwörende als Zeuge betrachtet werden. Seinen Willen kann man in der Regel eben so gut durch einen Dritten, als in eigener Person wirksam erklären; aber die Mittheilung von Erfahrungen (Thatsachen), wenn vor Gericht rechtliche Folgen daran geknüpft werden sollen, will das Gesetz aus dem Munde der

---

lich verlangt, daß alle Mitglieder denselben leisten sollen, derselbe auch von allen geleistet werden muß. Vergl. auch §. 269. 275.

Percipirenden selbst vorgebracht haben, also Zeugen sollen ihr Zeugniß persönlich ablegen, und nicht durch Bevollmächtigte ihre Wissenschaft mittheilen (s. oben Note 32). Daraus fließt die Bestimmung: daß auch der Schiedseid niemals durch einen Bevollmächtigten, wider des Gegners Willen abgelegt werden kann, und ferner auch, daß die schwörenden Glieder einer Gemeinde, vermöge gesetzlicher Bestimmung, zwar die Rechte der moralischen Person durch den Eid bedingen, jedoch keineswegs in dem Namen der übrigen Mitglieder, sondern nur im eignen Namen schwören. Die den Schwörenden nothwendige Bevollmächtigung bezweckt nur, darzuthun, daß es Beschluß der Gemeinde ist, diese Personen zum Eide zu lassen, und davon den Ausgang der Sache abhängig machen zu wollen, nicht aber soll sie befugen, in die Seele der übrigen Mitglieder zu schwören. Das Schwören in eines andern Seele ist dem römischen und deutschen Rechte eigentlich unbekannt, und erst durch Mißbräuche der Praxis und irrige Erklärungen der Gesetze aufgekommen [72].

§. 11.

Folgen der Ableistung und Verweigerung des Eides.

Wenn die zur Ableistung des Eides gewählten Personen wirklich schwören, dann ist es so anzusehen, als wenn die ganze Gemeinde den Eid geleistet hätte.

Schwieriger ist die Angabe der Grundsätze für den Fall, wenn die gewählten Personen aus irgend einem Grunde die Ableistung verweigern. Gewöhnlich behauptet man [73], daß,

72) Wegen Fr. 9. §. 6. Fr. 42. §. 2. ist zwar a. M. Glück Comment. XII. S. 345; allein m. s. dagegen *Malblanc* de jurejur. §. 95. pag. 271. Nota *. Pratobevera Materialien V. S. 150.

73) *Wiesand* D. de facultate denominandi juraturos. Vitemb. 1782. §. 20. v. Bülow und Hagemann pract. Erört. III. 21. S. 223. Strube R. B. V. 108. S. 170.

wenn der Grund der Weigerung Mangel hinlänglicher Wissenschaft und Sachkenntniß sey, so wäre die Gemeinde keinesweges pro jurare nolente zu halten; vielmehr dürfe sie wieder Andere in Vorschlag bringen, weigerten sich aber auch diese, so bleibe nichts übrig, als daß sämmtliche Glieder der moralischen Person sich über die Ableistung des Eides erklärten. Erbiete sich alsdann die größere Anzahl zur Ableistung, und schwöre wirklich, dann sey es eben so anzusehen, als wenn die Senioren oder Repräsentanten geschworen hätten. Weigern sich hingegen die meisten Mitglieder, den Eid abzuleisten, so sey die moralische Person billig pro jurare nolente zu halten.

Auch diesen Regeln scheint kein wahres Princip zum Grunde zu liegen. Denn wenn 1) nur einige Mitglieder nach der Beschaffenheit der streitigen Thatsachen den Eid abzuleisten brauchen, und wenn 2) im Falle deren Weigerung die Gemeinde unbedingt restituirt werden muß, um neue Schwörende vorzuschlagen, so ist nicht einzusehen, warum in dem Falle, wo die durch die zweite Wahl bestimmten Personen aus eben so guten Gründen, als die zuerst gewählten, die Ableistung des Eides verweigern, nun die Gemeinde nicht auch zu einer dritten, vierten oder gar noch weiteren Wahl auf dem Wege jener Restitution soll gelangen können, und warum nun deßhalb, weil einige die Eidesleistung verweigerten, die Mehrzahl der sämmtlichen Glieder der moralischen Person soll schwören müssen. Gebührt nämlich der Gemeinde die Restitution deßhalb, weil sie Gemeinde ist, und einzelne Glieder ihr kein so bedeutendes Präjudiz sollen zuführen dürfen, dann gelten diese Gründe doch wohl eben so gut nach der zweiten, als nach der ersten Weigerung. Eben so wenig fällt der Grund, der die Rechtsbildung bestimmte einige Mitglieder für alle schwören zu lassen, durch eine wiederholte Weigerung einiger, fort.

Es scheint also auch hier nöthig, nach allgemeinen durch-

greifenden Grundsätzen zu forschen. Zu dem Zwecke sind aber zunächst mehrere Fälle zu trennen, nämlich

1) der, wenn die Gemeinde es nicht zugeben will, daß die Gewählten den Eid ausschwören.

2) der, wenn die Gewählten die Ableistung aus irgend einem Grunde verweigern, und dann ist wieder zu unterscheiden: ob Alle, oder nur Einer, oder Einige sich weigern.

In jedem dieser Fälle kommt es aber ferner darauf an:

a) ob die Weigerung in demjenigen Theile des Productionsverfahrens, wo über die Frage: ob die Gewählten für eidespflichtig zu erkennen seyen? gestritten wird, vorgebracht wird, oder

b) ob dieses, nachdem die Verpflichtung der Gewählten feststeht, vor oder im Schwörungstermin geschieht?

Wenn nun

A) in jenem Productionsverfahren die Weigerungsgründe vorgebracht werden, so entscheidet der Richter über deren Erheblichkeit. Findet er sie für begründet, so hat nun der De- oder Referent andere Schwörende zu benennen [74]), über welche alsdann wieder auf dieselbe Art verhandelt wird. Die Grenze für diese wiederholten Wahlen sind dahin zu bestimmen, daß, wenn die Glieder, welche gegen den Beschluß der Eidesannahme stimmten, und die, welche den Eid deßhalb verweigerten, weil sie weder die zu beschwörende Thatsache wußten, noch auch an die Güte der Sache der Gemeinde in dem Grade glaubten, daß sie nicht einmal das *juramentum credulitatis* ableisten konnten, zusammengerechnet, die Mehrzahl der Gemeinde ausmachen, nun keine ferere Auswahl zur Ablei-

74) Daß die Gemeinde, als Delat oder Referat, auch Vorschläge machen darf, die der De- oder Referent annehmen oder unberücksichtigt lassen kann, ist schon oben ausgeführt.

stung des Eides wider den Willen des De- oder Referenten stattfinden darf, vielmehr auf dessen Antrag die Gemeinde *pro jurare nolente* anzusehen ist. Diese Annahme wird dadurch gerechtfertigt, daß der Schiedseid die Entscheidung der Sache von dem Wissen oder Glauben des Gegners, jenachdem der Eid de veritate oder de credulitate abgeleistet wird, abhängig macht. Nun kann aber nicht dasjenige, was Einzelne, sondern nur das, was die Mehrheit der Glieder weiß oder glaubt, als das Wissen oder Glauben der moralischen Person angesehen werden. Sobald es aber ausgemacht ist, daß diese Mehrheit die streitige Thatsache weder weiß noch glaubt, so muß angenommen werden, daß die Gemeinde selbst das Verhältniß weder weiß noch glaubt, und dann ist juristisch gewiß, daß sie den Grad der Ueberzeugung nicht hat, der durch die Eidesleistung hergestellt werden sollte. Mögen nun auch sämmtliche, die Minderzahl ausmachenden Glieder zu schwören bereit seyn, so kann es darauf bei der Gewißheit, daß die Gemeinde als solche nach der gesetzlichen Annahme nicht jene Ueberzeugung theilt, also auch für sie ein Eid nicht geleistet werden kann, nicht weiter ankommen. Ließe man es dennoch auf den Eid einiger, selbst de veritate schwörender Glieder, unter solchen Umständen ankommen, so würden diese

a) nicht als für die Gemeinde den Schiedseid schwörend angesehen werden können, wie so eben nachgewiesen ist, sondern

b) bloß als Zeugen. Dieses Zeugniß aber würde deßhalb nicht entscheiden, weil es von Personen abgelegt, die selbst Parthei, und bei dem Ausgange der Sache interessirt sind, und ein solches Zeugniß nur dann gültig und entscheidend ist, wenn es rechtlich unter der Form eines Schiedseides erscheint, was hier aber nicht der Fall ist.

Diesen Grundsatz nehmen auch Bülov und Hagemann, Glück u. A. an, wenn sie verlangen, daß in einem

Falle, wo die Mehrheit der Gemeinde nicht zur Eidesleistung erbötig sey und ihn wirklich ableiste, die Gemeinde pro jurare nolente angesehen und erkannt werden solle. Nur die Behauptung, daß auch die Mehrzahl den Eid wirklich ableisten müsse, kann, da die Rechtspflege in der Regel nur von Einzelnen die Ableistung verlangt, als eine inconsequente Folgerung so lange nicht zugegeben werden, als für eine solche Ausnahme kein zureichender Grund nachgewiesen ist, wofür aber begreiflich der Umstand, daß eine oder mehrere Wahlen recusirt sind, nicht gelten kann; denn daraus kann man nicht den Schluß ziehen: also muß die Mehrzahl den Eid jetzt wirklich ableisten.

Das von diesen Schriftstellern befolgte und begründete Verfahren: »von sämmtlichen Gemeindegliedern eine Erklärung über die Ableistung des Eides zu fodern,« ist zweckmäßig, es kann aber nach den von der heutigen Rechtspflege befolgten Grundsätzen, dem Gegner der Gemeinde nur die Befugniß zugestanden werden, aus der zur Ableistung des Eides sich bereit erklärenden Mehrzahl so viel herauszuwählen, als in der Regel zur Eidesableistung von einer Gemeinde erforderlich sind. Die so Gewählten können dann aber natürlich die Ableistung nicht mehr aus dem Grunde des mangelnden Wissens oder Glaubens verweigern, ohne für die Gemeinde die poena jurare nolentis herbeizuführen. Andere Recusationsgründe können auch hier noch vorkommen, z. B. zu nahe Verwandtschaft, oder weil der Einzelne in eine Criminaluntersuchung gerathen ist u. dgl. [75]).

B) Die Ableistung kann von den Gewählten auch verweigert werden, nachdem diese zur Ableistung sich bereit er-

75) Ueberhaupt sind die Gründe, welche eine blos aus einer physischen Person bestehende Parthei berechtigen oder nöthigen, den Eid zu verweigern (*Malblanc.* l. c. §. 42. seq.), auch hier entscheidend, da die einzelnen Gemeindeglieder auch in dieser Eigenschaft hier auftreten.

klärt, oder das Gericht sie dazu für verpflichtet erkannt hat, und sie sich dabei beruhigt haben.

Auch dann würde die Erheblichkeit der Weigerungsgründe jedenfalls nach den früher darüber aufgestellten Grundsätzen beurtheilt werden müssen. Wenn also die Gründe nicht einmal für erheblich zu achten sind und dennoch

1) die Gemeinde selbst die Ableistung des Eides durch die gewählten Personen nicht gestatten will, so ist sie unbedingt pro jurare nolente zu erkennen, denn durch jede Nachsicht würde hier der Gemeinde die Befugniß zugestanden, durch grundloses Weigern die tadellose Wahl des Gegners in ihrer Wirkung zu zerstören, diesen also zu einer neuen Wahl von Beweismitteln widerrechtlich zu nöthigen.

2) Wenn dagegen die Gewählten die Ableistung verweigern, dann entsteht die fernere Frage: ob dieses grundlose Entschuldigen die Gemeinde oder deren Gegner trifft?

Es konnte scheinen, daß hier die Gemeinde kein Nachtheil treffen dürfe, weil, wenn ein vorgeschlagenes Beweismittel nicht benutzt werden könne, der Nachtheil den Producenten treffe, deßhalb auch die verweigerte Zeugnißablegung nicht dem Producenten, sondern dem Gegner schädlich sey. Allein wenn auch die Eidesleistung als Zeugniß in eigener Sache erscheint, so treffen jene Grundsätze hier einmal schon deßhalb nicht zu, weil daraus folgen würde, daß die verweigerte Eidesableistung nur dem De- oder Referenten schadete, was absurd ist, und jeder zur Absurdität führende Grundsatz ist nothwendig falsch. Das positive Recht knüpft an den Gebrauch des Schiedseides als Beweismittel die Wirkung, daß der Delat nothwendig den Eid annehmen, zurückschieben oder Gewissen mit Beweis vertreten muß, und daß durch die erklärte Annahme der Acceptant nur noch die Wahl hat zwischen Ableisten oder Einräumen der gegnerischen Behauptung, und daß Verweigern der Eidesleistung ohne zureichenden Grund als die Erklärung angesehen werden soll, daß man

nicht schwören könne, also das Gegentheil zugestehen wolle und müsse. Daher kann nur noch die Frage entstehen: ob die Weigerung der Gewählten auch für die Gemeinde jenen Nachtheil herbeiführt? Dieses wird zu bejahen seyn; denn so wie die Ableistung des Eides durch die bestimmten Einzelnen die Sache zum Vortheile der Gemeinde entscheidet, so muß auch die Nichtableistung die damit verbundenen Nachtheile herbeiführen. Dasselbe Princip erkennen die Gesetze auch bei andern Beweismitteln an [76]. Am ausführlichsten und gründlichsten hat sich für das Gegentheil Rivinus [77]) ausgesprochen. Er führt nämlich an: ... nec seniorum et nonnullorum recusatio aut formido, aut quaecunque alia causa corpori nociva et praejudicio esse debet; similiter ut negligentia administratorum vel procuratorum, locum facit diligentiae dominorum et sunt instar consortium causae, quorum unus cessante licet altera causam antea communem pro suo interesse peragit. Const. 1. de consort. ejusd. lit. sicut quod reliqui de jure suo remittunt vel cedunt, id aliis non nocet, nec in potestate seniorum, qui nudi administratores negotiorum collegialium, multo minus alteriusve membri, litem collegii, deferendo juramentum, abdicare hinc Impp. Valeriani et Gallien. transactionem a civitatis administratore ambitiose s. gratiose in perniciem reipublicae factam, nullius esse momenti voluerunt. Const. 12. de transact. sane tres illi praesertim ab adversario nominati, pro privatis habendi, qui universitati praejudicium inferre non debebant, et cum in hujus favorem introductum videatur, quod pauciores admittantur, non debet in ipsorum odium detorqueri, potius ipsi beneficio restitutionis in integrum succurrendum. Allein jene Gründe beweisen zum Theil gar nichts, indem die Ana-

76) Linde Lehrb. des Civilproc. §. 224. Note 4.

77) *Rivinus* l. c. §. 20.

logie von Litisconsorten nicht paßt, da von diesen jeder als besondere Parthei sein eigenes Interesse wahrnimmt, und deßhalb die Nachlässigkeit des einen Litisconsorten den andern nicht schadet, der Fleiß aber auch in der Regel und insbesondere beim Beweise nichts nützt [78]). Daß etwas, was offenbar zur Begünstigung der Gemeinde eingeführt worden, nicht zu ihrem Nachtheile angewendet werden darf, ist an sich eben so richtig, als daß dieses in concreto nicht der Fall ist. Denn das ist ja gerade die Frage: ob in dem Rechte der Gemeinde, den Eid nur durch einige wenige Glieder ausschwören zu lassen, auch das Recht liege, selbst dann, wenn die Schwörenden rechtskräftig bestimmt sind, blos deßhalb, weil es diesen nicht gefällt, zu schwören, verlangen zu können, daß nun wieder eine neue Auswahl statt finde? Außerdem passen jene Gründe auch nur für den Fall, wenn noch nicht bestimmt ist, welche einzelne Personen schwören sollen, die Verhandlung also noch im Productionsverfahren steht, und selbst dann begründen sie nur unter den eben (unter A) angegebenen Voraussetzungen das Recht der Gemeinde auf Ableistung durch andere Glieder.

Für die Lage des Processes, worin wir den Fall jetzt betrachten, konnten jene Rücksichten deßhalb nicht entscheiden, weil ja sonst eine Gemeinde niemals pro jurare nolente erkannt werden könnte, sobald nur, wenn die Gewählten sich weigerten, wieder Andere zum Eide sich erböten. Es gebe alsdann aber

a) für die Wiederholung des Verfahrens über die Bestimmung der Schwörenden keine Grenze, denn nach jener Ansicht würde, so oft im Schwörungstermine die Schwur-

78) Sieht man auf die Grundsätze, welche bei untheilbarem Streitgegenstande von Litisconsorten gelten, so würde deren Analogie sogar gegen die Ansicht von Rivinus sprechen. Vergl. oben §. 3. Note 11. u. 12. Entwurf der Proc. Ordn. für Baiern, §. 594. 610.

pflichtigen den Eid verweigerten, wieder ein Productionsverfahren eingeleitet werden müssen.

b) Die Erklärung der Gemeinde, selbst die richterliche in Rechtskraft übergegangene Entscheidung, daß die bestrittene Thatsache von dem Ausspruche jener bestimmten Personen nunmehr abhangen solle, würde von dieser willkührlich wirkungslos gemacht werden können.

Die poena jurare nolentis muß gegen eine Gemeinde also auf dieselbe Art, wie in anderen Fällen verhängt werden, weil kein Gesetz, noch irgend ein anderer wahrer Grund, eine Ausnahme rechtfertigt. Mißlich kann das freilich für jene seyn, allein deshalb kann kein Recht des Gegners auf die Folgen der Weigerung geränkt werden. Der Gemeinde bleibt ja außerdem der Regreß gegen jene sich Weigernden, aber selbst dann, wenn dieser wirkungslos ist, so ist das noch immer kein Grund, die Gemeinde im Verhältnisse zu dem Gegner gegen allgemeine gesetzliche Bestimmungen zu begünstigen.

Das preußische Recht weicht in der Lehre von der Wahl und den Grundsätzen über die Folgen der Weigerung der Gewählten, sehr vom gemeinen deutschen Rechte ab. Denn außerdem, daß jenes 1) dem Richter ein amtliches Einwirken auf die Wahl zu dem Ende gestattet, daß die, welche die meiste Wissenschaft von der Sache haben, zur Eidesleistung gewählt werden [79]); und 2) aus der unterlassenen Benennung der Mitglieder von Seiten des Gegners der Gemeinde gefolgert werden soll, daß derselbe die Auswahl dem Gewissen der Gemeinde oder des Collegii u. s. w. anheim gestellt habe [80]); und 3) bei theilbarem Streitgegenstande, auf Verlangen des Gegners alle Gemeindeglieder schwören sollen [81]);

79) A. G. O. I. 10. §. 272.
80) A. G. O. I. 10. §. 271.
81) A. G. O. I. 10. §. 274.

wird 4) noch verordnet [82]: wenn eine Commune anfänglich nur durch Deputirte zum Eide gelassen worden ist, und einige derselben den Eid ableisten, andere hingegen, oder auch nur einer von ihnen, die Ableistung verweigert, die Sache oder das Recht aber, worüber gestritten wird,

a) sind **theilbar**; so müssen die sämmtlichen Mitglieder darüber: ob sie schwören wollen, oder nicht, vernommen, und der Eid von allen, welche dazu erbötig sind, geleistet werden. Diejenigen, welche nicht schwören wollen, müssen sich die rechtlichen Folgen davon für ihren Theil gefallen lassen.

b) Ist der Gegenstand des Processes **untheilbar**, und einer oder einige der zur Leistung des Eides abgeordneten Mitglieder sind dazu bereit, andere aber nicht, so muß der Instruent die Letzteren über die Ursache ihrer Weigerung vernehmen. Besteht dieselbe

a) in einem Religionsscrupel, oder darin, weil ihnen von der Thatsache, worüber geschworen werden soll, gar nichts bekannt ist, so müssen sie an Eidesstatt bekräftigen, daß dieses die einzige Ursache sey, welche sie von der Ableistung des Eides zurückhalte; und alsdann müssen an ihrer Stelle eben so viel andere Mitglieder der Gemeinde, oder des Collegii, ernannt oder ausgesucht werden.

b) Besteht aber die Ursache ihrer Weigerung darin, daß ihnen Umstände bekannt sind, wodurch die zu beschwörende Thatsache entweder zweifelhaft gemacht wird, oder woraus gar das Gegentheil derselben zu entnehmen wäre, so muß der Instruent sie darüber umständlich examiniren, und die anderen Mitglieder, welche schwören wollen, darüber gleichfalls vernehmen. Bestehen Letztere dennoch auf der Leistung des Eides, so müssen die Acten dem Collegio vorgelegt werden, welches näher beurtheilen muß: inwiefern

α) die Untersuchung nach der gegenwärtigen Lage der

82) A. G. O. I. 10. §. 275—278.

Sache, und der etwa angegebenen neuen Datis fortgesetzt, oder

β) die Entscheidung: ob die Gemeinde für sachfällig zu achten, oder noch durch andere Mitglieder zum Eide zu lassen sey, dem künftigen Haupterkenntnisse vorbehalten werden solle.

γ) Wenn der Richter bei Abfassung des Erkenntnisses keine überwiegenden Gründe, sich für eins oder das andere zu bestimmen, findet, so steht ihm frei, zu verordnen, daß die sämmtlichen Mitglieder der Gemeinde, Mann für Mann, darüber: ob sie den Eid leisten wollen, vernommen, und sodann, nach der Mehrheit der Stimmen, entweder der Eid von denjenigen, welche diese Mehrheit ausmachen, und dazu erbötig sind, im Namen der ganzen Gemeinde abgeleistet, oder weil die Mehrheit nicht schwören will, die ganze Gemeinde dafür, daß sie den Eid nicht leisten könne, geachtet werden solle.

Die unter 4) herausgehobenen Grundsätze des preußischen Rechts sind insofern als vorzüglich zu halten, als darin der Grundsatz durchgeführt ist, daß dort, wo nicht der größte Theil der Mitglieder einer Gemeinde zu schwören bereit ist, die Gemeinde angesehen werden soll, als wenn sie den Eid nicht ableisten wollte, welche Ansicht den allgemeinen Grundsätzen, nach dem oben Ausgeführten (§. 11. A.), durchaus gemäß ist.

Nach dem Entwurfe der Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für Baiern, sind die berufenen oder vorgeschlagenen Mitglieder, dem Willen des Gesetzes zufolge, zur Ableistung des Eides unbedingt verpflichtet. Diese Berufenen oder Vorgeschlagenen können deßhalb so betrachtet werden, als diejenigen Schwurpflichtigen, welche dort, wo gemeines deutsches Proceßrecht gilt, sich zur Eidesleistung bereit erklärt haben, oder vom Gerichte dazu für verbindlich erkannt sind. Daher rechtfertigt sich die Bestimmung des gedachten Entwurfs im §. 610, wornach in dem Falle, wenn auch nur eine einzige derjenigen Personen, welche zur Ab-

leistung des Eides berufen oder vorgeschlagen sind, den Eid nicht leistet, in Ansehung der ganzen Sache die Folge des verweigerten Eides statt finden soll, so daß in Gemäßheit des §. 609. das Gegentheil von dem, was beschworen werden sollte, als eingestanden angenommen wird.

§. 12.

B) Von den anderen Eiden, nämlich: 1) von den richterlichen Nothseiden.

Die richterlichen Nothseide unterscheiden sich dadurch von den freiwilligen Schiedseiden, daß jene zur Vervollständigung eines nicht vollen, oder zur Zerstörung eines solchen Beweises vom Richter auch unaufgefodert nach vernünftigem Ermessen, einem der streitenden Theile auferlegt werden sollen [83]). Die Natur eines Beweismittels haben diese Eide nur insofern, als sie Grund juristischer Ueberzeugung sind, nicht auch insofern, daß ihr Gebrauch von dem Willen der Partheien abhängt. Eben deßhalb wird aber einem solchen Eid auch keine vergleichsartige Natur beigelegt, er kann nicht an den andern Theil zurückgeschoben werden, und hat auch nicht die Wirkung der Rechtskraft [84]). Daß ein solcher Eid unter gleichen Voraussetzungen auch einer moralischen Person auferlegt werden könne, ist nicht zu bezweifeln, und eben so wenig kann wegen der angegebenen eigenthümlichen Natur dieser Eide in Zweifel gezogen werden, daß in einem solchen Falle keine der Partheien, sondern der Richter die Person

---

83) Heffter Institut. des Civilproc. S. 231 fg. Reinhardt Handb. d. ord. Proc. II. §. 236. *Malblanc* de jurejur. §. 69 seq. u. §. 109 seq. Pratobevera Materialien V. S. 229—237. Preuß. A. G. O. I. Tit. 13. §. 11 f. u. Tit. 22.

84) Linde Lehrb. des Civilproc. §. 294. *Malblanc*. l. c. §. 76. 111. Glück Comment. XII. §. 812. S. 389 fg. Pratobevera Materialien V. S. 236.

oder Personen zu bestimmen habe, welche schwören sollen[85]; denn der Richter soll diesen Eid Amtswegen als Ergänzungsmittel eines unvollständigen Beweises zur Anwendung bringen. Da jedoch der Richter hierdurch seine Ueberzeugung zur juristischen erheben, und deßhalb immer das zuversichtlichste Mittel anwenden soll, weil dadurch ein niemals zu übersehender Zweck, nämlich das materielle Recht im formellen zu verwirklichen, gewisser erreicht wird, so liegt auch hier so viel in der Natur des Verhältnisses, daß der Richter, wenn ihm nicht schon die Actenlage zur Zeit, wo er auf den Notheid erkennt, auch darüber hinlänglichen Aufschluß gibt, von welchem Mitgliede er am zweckmäßigsten die Eidesleistung fodern soll, nun erst die Partheien mit Anträgen hierüber hören muß. Dabei entspricht es sodann der Natur der Notheide 1) insofern sie doch immer Beweismittel bleiben, daß zuerst diejenige Parthei, welche nicht zum Eide gelassen wird, mit ihren Anträgen gehört werde[86]; 2) insofern aber das richterliche Ermessen die Anwendung dieses Mittels bestimmt, daß der Richter nicht deßwegen an die Anträge einer Parthei gebunden ist, weil der Eid gegen sie abgeleistet werden soll; 3) insofern aber diese Eide für die Hauptsache fast[87]) eben so präjudiciell, als die freiwilligen Schiedseide sind, daß es den Partheien freistehen muß, ihre Beschwerden über die Wahl des Schwörenden auf dem Wege der Berufung zur wiederholten Prüfung zu bringen; 4) daß endlich auch dieser

---

85) Nach österreichischem Rechte muß der Erfüllungseid von der Parthei bei der Geschichtserzählung in der Hauptverhandlung sogleich angeboten werden, widrigenfalls der Richter nicht darauf erkennen darf. Pratobevera a. a. O. S. 232. Deßhalb muß nach diesem Rechte das suppletorium nach den Grundsätzen des Schätzungseides (§. 13.) behandelt werden.

86) *Rivinus* l. c. §. 24. will, ohne Gründe dafür anzuführen, daß beim i. suppletorium stets die Gemeinde das Wahlrecht habe.

87) Denn ganz dieselbe Wirkung tritt hier nicht ein. Fr. 31. de jurejur. 12. 2.

Eid nicht wider den Willen des Gegners durch einen Mandatarius geleistet werden kann [88]). Wegen vorhandener Recusationsgründe finden dieselben Bestimmungen, wie bei dem freiwilligen Schiedseide, Anwendung, und über die Folgen der wirklichen Ableistung oder Weigerung führt das vorliegende Verhältniß zu keiner Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen.

§. 13.

2) Von den Schätzungseiden [89]).

Die Schätzungseide haben das Eigenthümliche, daß der Beweisführer, ohne dem Gegner den Beweis angetragen zu haben, den Beweis durch den Eid führen darf. Der Producent schlägt sich also selbst rechtsgültig als Zeuge vor, und alle Gründe, welche dafür angeführt werden können, daß beim de- oder referirten Eide der Deferent und beziehungsweise der Referent die schwörenden Personen zu wählen hat, sprechen auch hier für das Wahlrecht des Producenten. Außerdem ist der Ergänzungseid eine Begünstigung des Producenten, die er in der That in ihrem ganzen Umfange nicht benutzen könnte, wenn er nicht die Personen, welche schwören sollen, aus der Mitte der Gemeindeglieder wählen dürfte. Nur so viel muß auch hier dem Producten wegen des unbeschränkten Rechts auf Gehör zugestanden werden, daß er

88) Anderer Meinung sind Kapff merkwürd. Civilrechtsfv. I. 45. und die das. S. 306. angef. Schriftsteller. Allein es ist eine durch nichts bewiesene Behauptung, daß die richterlichen Notheide anders, als die von einem streitenden Theile dem andern zugeschobenen Eide, in der zur Frage stehenden Beziehung beurtheilt werden dürften. Vergl. oben §. 5.

89) Linde Lehrb. d. Civ. Proc. §. 287. und das. die Literatur. Dazu noch *Malblanc* de jurejurando §. 74. p. 202. seq. Glück Comment. XII. S. 398 f. Pratobevera Materialien V. S. 238 fg.

wirksam Einwendungen vorbringen darf, um eine gefährliche Wahl zu vereiteln.

§. 14.

3) Diffessionseid.

Um zu richtigen Ansichten über die Grundsätze, nach welchen gegen eine Gemeinde der Diffessionseid zu gebrauchen ist, zu gelangen, ist es besonders nöthig, den Fall, worin der eigentliche Diffessionseid vorkommt, und die wesentliche Natur dieses Eides deutlich hervorzuheben. Bekanntlich betrachten Einige den Diffessionseid als einen Reinigungseid, also als einen richterlichen Notheid, Andere als einen freiwilligen Eid, noch Andere als einen Gefährdeeid, und endlich Einige sogar als ein Mittelding zwischen einem nothwendigen und freiwilligen Eide [90]. Begreiflich hängt die richtige Erörterung des Punktes, weßwegen der Eid hier betrachtet wird, davon ab, ob eine, und welche dieser Ansichten die richtige ist; denn als richterlicher Nothschwur müßte er nach den Grundsätzen des §. 12, als freiwilliger Eid nach denen der §. 5. fg., als Calumnieneid aber wieder nach anderen Grundsätzen beurtheilt werden. Sollte er aber wirklich das von Einigen behauptete Mittelding zwischen einem nothwendigen und freiwilligen Eide seyn, so möchte es eben so schwer halten, im Allgemeinen richtige Grundsätze für die Anwendung anzugeben, als im Voraus eine Regel darüber

---

90) S. darüber *Malblanc* de jurejur. §. 50. *Sigism. Zimmern* Comment. de juramento diffessionis. Heidelb. 1817. Glück Comment. XXII. S. 45 fg. *Gottschalk* Selecta disceptat. forensium capita. Dresd. 1826. T. I. cap. 19. pag. 208. Partikulargesetze gehen von verschiedenen Ansichten aus. Man s. z. B. Preuß. A. G. O. I. 10. §. 131 fg. *Biener* syst. proc. jud. T. I. §. 150. Kori Theorie des sächs. Proc. §. 113. Pratobevera Materialien IV. S. 131. v. Himmelsstirn Institutionen des Livländ. Proc. I. §. 407. 408.

aufzustellen, ob ein Zwitter als Mann oder als Weib zu beurtheilen sey. Allein es ist auch schon von Andern [91]) hinlänglich ausgeführt, daß der Diffessionseid weder ein richterlicher Nothseid, noch ein Gefährdeeid, noch jenes behauptete Mittelding ist, und der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes hat schon an einem andern Orte [92]) angeführt, daß der Aechtheitsbeweis einer Urkunde zwar durch die gewöhnlichen Beweismittel, Eingeständniß, Zeugniß und durch einen freiwilligen Haupteid geführt werden kann, daß aber die Beweisführung vermittelst des Diffessionseides davon verschieden ist, und dieser insbesondere nicht nach den Grundsätzen des freiwilligen Haupteides beurtheilt werden darf [93]). Wenn also der Producent den Beweis der Aechtheit einer Urkunde, einer Gemeinde gegenüber, dadurch führt, daß er Mitglieder dieser als Instrumentszeugen vorschlägt, oder dadurch, daß er der Gemeinde über die Aechtheit den freiwilligen Haupteid zuschreibt, so treten die Grundsätze vom Zeugenbeweise oder deferirten freiwilligen Haupteide ein. Bedient sich aber der Producent des Diffessionseides, so hat er 1) allerdings auch hier das Recht, die schwörenden Personen zu wählen, wobei alsdann über die Rechtsbeständigkeit dieser Wahl ganz dieselben Grundsätze zu befolgen sind, wie bei der Delation eines freiwilligen Haupteides an eine Gemeinde; denn der Diffessionseid ist, wie der freiwillige Haupteid, ein Beweismittel, dessen Gebrauch lediglich von dem Willen des Beweisführers

91) v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. I. 24. §. 3. Gönner Handb. II. S. 473 fg.

92) Linde Lehrb. d. Civilproc. §. 262. 263.

93) Ein freiwilliger Haupteid ist der Diffessionseid nur insofern, als er von der einen Parthei deferirt (also nicht Amtswegen auferlegt) wird, und dessen Ableistung oder Verweigerung die juristische Gewißheit der Aechtheit bestimmt. Eine Reihe anderer, beim freiwilligen Schiedseide geltender Grundsätze finden aber auf den Diffessionseid keine Anwendung.

abhängt, und dessen Eigenthümlichkeiten nicht in Verschiedenheiten von dem freiwilligen Haupteide bei der Art der Anwendung und Form der Benutzung auf der Seite des Beweisführers, sondern darin liegen, daß der Product auf bloßes Verlangen des Producenten verpflichtet ist, den Eid über das Nichtwissen der Aechtheit der Urkunde zu schwören, ohne wider den Willen des Producenten den Eid zurückschieben oder Gewissen mit Beweis vertreten zu dürfen; denn dadurch wird der Diffessionseid eigentlich in einen freiwilligen Haupteid verwandelt, oder richtiger ausgedrückt, an die Stelle des Diffessionseides der freiwillige Haupteid gesetzt. Diese Veränderung des Eides wird besonders wichtig bei der Frage: inwiefern die Aechtheit oder Unächtheit einer Urkunde, wenn darüber der Eid abgeleistet ist, später auch wirksam bewiesen werden kann, weil in dieser Beziehung andere Grundsätze vom Diffessionseide und andere vom freiwilligen Haupteide gelten [94]), und dann, wenn auf den Antrag des Producten der Producent den Diffessionseid fallen läßt und selbst die Aechtheit beschwört, dieser vom Producenten abgeleistete Eid immer als ein referirter freiwilliger Haupteid beurtheilt werden muß.

§. 15.

4) Editionseid.

Der Editionseid wird zwar gewöhnlich als eine besondere Art des Eides hervorgehoben, seiner rechtlichen Natur nach ist er aber wie ein freiwilliger Schiedseid [95]), der möglicher Weise in zwei, von den Gesetzen [96]) selbst angege-

---

94) Linde Lehrb. §. 221. 262.

95) *Malblanc* de jurejur. §. 47. pag. 116 seq. Goldschmidt Abhandl. Nr. 7. S. 80 fg. *Biener* syst. proc. jud. I. §. 143. Glück Comment. XXII. S. 124 fg. Pratobevera Materialien IV. S. 117. Preuß. A. G. O. I. 10. §. 94.

96) Const. 21. 22. de fide instrum. 4. 21.

benen Formen vorkommen kann, welche man auch wohl wieder als zwei Arten [97]) des Editionseides aufstellt. Wird dieser Eid einer Gemeinde zugeschoben, so treten wegen der gesetzlichen Eidesformel stets dann rücksichtlich der Wahl der Schwurpflichtigen, Beschränkungen ein, je nachdem die moralische Person ihre Angelegenheiten auf bestimmte Art besorgen läßt. Sind nämlich 1) Beamte da, welche mit der Aufbewahrung der Scripturen beauftragt sind, so kann der Editionseid auch nur von diesen gefodert werden [98]), und wenn deren viele wären, so hätte der den Editionseid Verlangende unter diesen freilich das Wahlrecht nach den oben (§. 5. f.) entwickelten Grundsätzen.

Die übrigen Gemeindeglieder können nämlich in einem solchen Falle, ihres Verhältnisses zur Gemeindeverwaltung wegen, die Eide, welche die Const. 21. und 22. de fide instrum. 4. 21. vorschreiben, nicht schwören; denn nach der const. 21. cit. soll der Edent schwören, a) daß er die Urkunde nicht habe, b) sie auch keinem Andern gegeben, c) daß sie mit seinem Willen sich bei keinem Andern befinde, d) daß er sie nicht aus böser Absicht verborgen, sondern daß sie ohne alle Absicht des Edenten abhanden gekommen, und e) die Vorlegung ihm unmöglich sey. Wenn nun Beamte angestellt sind, denen die Aufbewahrung der Scripturen anvertraut ist, so können die übrigen Glieder der moralischen Person die unter b und c gestellten Punkte offenbar nicht beschwören, weil das Gegentheil schon wegen der Verfassung der Universitas anzunehmen ist. Den Inhalt unter a, d und e aber

---

97) Reinhardt Handb. des ordentl. Proc. II. §. 259.

98) Preuß. A. G. O. I. 10. §. 97. „Wenn von einem Collegio oder einer Corporation die Herausgabe eines Documents gefordert wird, so ist es genug, wenn nur diejenigen, welchen die Bewahrung der Briefschaften, der Registratur oder des Archivs einer solchen Parthei vermöge ihres Amtes zukommt, den Editionseid ableisten u. s. w.“

brauchen sie eben deßhalb nicht zu beschwören, weil die nöthigende Voraussetzung des Innehabens der Urkunden fortfällt. Denn wenn die Gemeindeglieder erklären, daß sich verfassungsmäßig ihre sämmtlichen Scripturen in den Händen ihrer Beamten befinden, und dieses nach der Einrichtung der Gemeinde auch der Fall seyn soll, so kann nun der Editionseid im Namen der Gemeinde nur von jenen Beamten gefodert werden, den übrigen Mitgliedern konnte nunmehr nur als Dritten, unter der Voraussetzung, daß sie gegen die Ordnung durch Zufall oder eine andere Veranlassung zum Besitze der fraglichen Urkunde gelangt wären, der Editionseid aufgelegt werden, wo der Ausgang dann aber der Gemeinde nicht präjudicirte [99]).

Der Eid in der const. 22. l. c. kann begreiflich gleichfalls nur von solchen Mitgliedern geschworen werden, welche mit den darin vorausgesetzten Verhältnissen bekannt und dem Beschlusse beigetreten sind: daß die Herausgabe der Urkunde verweigert werden solle.

Diese eigenthümlichen Beschränkungen liegen also in dem Inhalte dieses Eides und der möglichen Organisation der Gemeinde, und sind insofern eben so zufällig, als der Umstand, daß hier selten Relation oder Beweis zur Gewissensvertretung vorkommen wird [100]).

2) Wenn dagegen die Scripturen einer Gemeinde verfassungsmäßig nicht von bestimmten Personen aufbewahrt würden, so treten beim Editionseide rücksichtlich der Zuschiebung, Wahl der Schwörenden u. dgl., die oben vom freiwilligen Schiedseide aufgestellten Grundsätze ein.

99) Die Grundsätze des Preußischen Rechtes a. a. O. sind, in Bezug auf dieses Verhältniß nicht bestimmt genug, weil, wenn die Vorgesetzten oder Gemeindeglieder wider die Ordnung im Besitze der Papiere wären, von ihnen nicht Namens der Gemeinde, sondern als Dritten die Edition verlangt werden kann, aus dem preuß. Gesetze diese Ansicht aber nicht unbezweifelt zu folgern ist.

100) Reinhardt a. a. O. S. 102.

§. 16.

5) Offenbarungseid.

Der Offenbarungseid (juramentum manifestationis) kann einer Gemeinde, unter den gehörigen Voraussetzungen [101]), eben so, wie einem jeden andern Individuum, zugeschoben werden, und es treten dabei dieselben Grundsätze, wie bei einem de- oder referirten Schiedseide, ein [102]).

§. 17.

II) Von dem Einflusse, den es auf die Beweisführung hat, wenn die moralische Person aus einem Individuum besteht.

Der Gebrauch des Schiedseides, gegenüber einer moralischen Person, welche aus einer physischen Person besteht, der einer bestimmten Eigenschaft wegen von den Gesetzen juristische Persönlichkeit beigelegt ist, hat deßhalb nichts Eigenthümliches, weil, wie oben zu beweisen versucht ist, die moralische Persönlichkeit allein keinen Grund für eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen enthält, die Gründe aber, welche bei Gemeinden zu Abweichungen führen, hier nicht zutreffen, und andere Gründe weder aus der Natur des Verhältnisses, noch aus den Gesetzen herzuleiten sind. Wenn also Beamten, Pfarrern, Schullehrern u. dergl. in dieser Qualität ein Eid de- oder referirt wird, so gilt von ihnen dasselbe, was von einer physischen Person in einem solchen Falle Rechtens ist [103]).

---

101) Const. ult. §. 10. de jure delib. 6. 30. *Malblanc* l. c. §. 48.

102) A. M. ist Reinhardt a. a. O. §. 26. S. aber dagegen Pratobevera Materialien V. S. 228. Preuß. A. G. O. I. Tit. 22. §. 34. Tit. 24. §. 48. fg.

103) Eine Ausnahme soll nach der Behauptung Mancher (Claproth ord. Proc. II. §. 332. *Malblanc* de jurejur. p. 274. 275.) bei Fürsten eintreten; allein die dafür angeführte Ordnung des Landfriedens v. J. 1521. Tit. 7. §. 10. redet von einem

§. 18.

III) Juristische Personen, welche aus Sachen bestehen.

Bei juristischen, aus Sachen bestehenden Personen kann der personificirte, d. i. mit juristischer Persönlichkeit durch das Recht begabte Gegenstand, den Eid natürlich weder deferiren, noch referiren, noch ableisten. Die wegen einer solchen juristischen Person vorzunehmenden Handlungen sind also von denjenigen physischen Personen zu vertreten, welchen jene Gegenstände entweder eigenthümlich zustehen, oder wenn diese nicht im Privateigenthume sind, wie z. B. Kirchen- und Schulvermögen, Stipendien, Wittwenkassen, Staatsvermögen (Fiskus) u. dergl., von denjenigen, welchen die Verwaltung und beziehungsweise die Disposition darüber zusteht [104].

Wenn die Verwaltungsbehörde aber nicht eine, aus einer physischen Person bestehende, juristische Person, sondern ein corpus, ein Collegium ist, dann treten auch hier die über Gemeinden oben aufgestellten Grundsätze ein. Unter diesem Gesichtspunkte aufgefaßt, läßt sich die Delationsart und die Entscheidung des Tribunals zu Celle bei Puffendorf [105]) rechtfertigen. Da in solchen Fällen immer besonders darauf zu sehen ist, ob der Beamte auch Wissenschaft von der zu beschwörenden Thatsache haben kann, und auch hier der Eid

---

singulären Verhältnisse, nämlich der Purgation des Verdachts des Landfriedensbruchs, und beweist deßhalb nichts. S. noch C. G. O. v. J. 1555. II. 10. §. 5. R. A. v. 1555. §. 58. J. R. A. §. 43. 117. Geiger und Glück merkw. Rechtsfälle B. III. Nr. 41. Glück Comment. XII. S. 350 fg.

104) *Leyser* M. ad P. Tom. II. Spec. 136. M. 3. 4. *Malblanc* doct. de jurejur. §. 42. pag. 94. not. 92. u. *. Claproth ord. Proc. II. §. 333. Nur für das juramentum suppletorium behauptet dasselbe Strube R. B. IV. 34. S. 58; allein der Grund, daß der einen Ergänzungseid Schwörende ein Zeugniß ablege, paßt für alle Schiedseide. Preuß. A. G. O. I. 10. §. 267. 268. 259.

105) *Puffendorf* Obs. jur. T. I. obs. 179.

über das Wissen dem über das Glauben vorzuziehen ist, so kommt es häufig vor, daß abgegangene Beamte die alleinige oder doch bessere Wissenschaft von der streitigen Thatsache haben, als der zur Zeit functionirende. Hier kann die Bestimmung folgender Verhältnisse besonders schwierig werden; nämlich 1) ob der frühere Beamte, wenn er zum Eide gelassen wird, blos als Zeuge, oder der Eid als wahrer Schiedseid zu betrachten ist. Für jenes könnte angeführt werden, daß mit dem Aufhören der Beamtenqualität der abgegangene Beamte als ein Dritter anzusehen wäre, derselbe also blos als Zeuge benutzt werden könnte; allein richtiger fällt hier der Beamte unter den Gesichtspunkt eines Mandatars, und nach den hierüber geltenden Grundsätzen kann er einen wirklichen Schiedseid schwören [106]. 2) Eine andere Frage ist: welche Folge die Verweigerung der Eidesleistung von Seiten des abgegangenen Beamten habe? hier behauptet man, daß die moralische Person deßhalb nicht für sachfällig erklärt werden dürfe, vielmehr müsse nur, wo möglich, der Gegner zum Eide gelassen werden [107]. Allein es ist in der That kein Grund vorhanden, weßhalb die Weigerung nicht gegen die moralische Person eben so entscheiden soll, als die Ausschwörung für sie entschieden hätte. Man gestattet ihr nach jener Theorie ja offenbar doppelte Beweisführung, begünstigt sie also wider die Gesetze. Wenn aber die moralische Person durch die Weigerung nun wirklich den Verlust der Sache erleidet, so kann sie, unter Umständen, den Weigernden wirksam auf Schadloshaltung einklagen. Dem Verfasser kam kürzlich folgender, factisch interessante, hierher gehörige Fall vor. »Ein Kirchenkasten liquidirte im Concurse seines Schuldners neben einer Capitalforderung mehrjährige Zinsen. Diese letztern wurden dem Liquidanten nur für die drei letzten, der

---

106) Strube R. B. IV. 34. S. 58. Reinhardt Handb. II. §. 231.

107) Reinhardt a. a. O.

Einklagung der Schuld vorhergehenden Jahre unbedingt, für die übrige Zeit aber nur unter der Bedingung zuerkannt, daß der Kirchenkasten beweise: er habe es nicht an Fleiß in der Beitreibung mangeln lassen. Diesen Beweis suchte Producent zu führen, worauf ihm aber, des unvollständigen Resultats der Beweisführung wegen, nachgelassen wurde, zur Ergänzung zu schwören: daß er sich wirklich Mühe gegeben habe, die fraglichen rückständigen Zinsen ausbezahlt zu erhalten. Da nun der, zur Zeit des entstandenen fraglichen Zinsrückstandes im Dienste gewesene Kastenmeister, sein Amt schon niedergelegt hatte, so wurde er dennoch zur Ableistung des gedachten Ergänzungseides vorgeschlagen und zugelassen. Als er aber im Schwörungstermine die Ableistung verweigerte, so wurde der liquidantische Kirchenkasten mit seiner Zinsenforderung abgewiesen. Er klagte darauf gegen den ehemaligen Kastenmeister, weil dieser die Ableistung des Ergänzungseides verweigert, auf Ersatz des durch diese Weigerung entstandenen Schadens, worauf, nach geschlossener Verhandlung, das erste Urtheil dem beklagten Kastenmeister den Beweis der Einrede: daß er in Beitreibung der fraglichen Zinsen nicht saumselig gewesen, nachließ." — Daß der beklagte Kastenmeister, wenn er nachläßig in Beitreibung der Zinsen war, dem Kirchenkasten verantwortlich ist, braucht wohl nicht bewiesen zu werden. Im Concreten fragt es sich also blos: ob der Kastenmeister nach der Sachlage noch mit der Einwendung, daß er den gehörigen Fleiß angewendet zu hören, und ihm deshalb ein Beweis nachzulassen war? Diese Frage glaubt der Verfasser verneinen zu müssen, und er würde deshalb den Kastenmeister unbedingt zur Schadloshaltung verurtheilt haben. Der Kirchenkasten hatte nämlich den Kastenmeister nicht deshalb in Anspruch genommen, weil er sein Amt nachläßig verwaltet, sondern deshalb, weil er durch die verweigerte Eidesleistung den Kläger in Schaden gebracht hatte. Den Eid, zu dessen Ableistung der Kastenmeister aufgefordert wurde, mußte derselbe, als Procu-

rator des Kirchenkastens, über seine eigene Handlungen, ableisten [108]; die Verweigerung machte ihn jedenfalls verantwortlich, weil, wenn er mit gutem Gewissen den Eid nicht ableisten konnte, er schon seine nachläßige Geschäftsverwaltung zugestand, wenn er aber blos aus anderen Gründen den Eid ablehnte, den Kirchenkasten durch eine Pflichtverletzung in Schaden brachte. Läßt man im concreten Falle dem Kastenmeister den Beweis der Einrede nach, so braucht er nur die früher von dem Kirchenkasten benutzten Beweismittel zur Hand zu nehmen, um so viel zu beweisen, daß er zum Erfüllungseide gelassen wird, sodann diesen auszuschwören, und der Kirchenkasten wäre um seine Ansprüche sowohl gegen den Gläubiger, als gegen den Kastenmeister gebracht. Eine solche Theorie wäre auch so recht tüchtig, um jeder Art von Collussion zwischen einem Mandatarius und denjenigen, mit welchen er Namens eines Dritten (des Mandanten) Geschäfte abschließt, zu begünstigen.

II.

Einiges zur Lehre von der Verjährung der Klagen.

Von v. Löhr.

1.

Justinian hatte bekanntlich den Kirchen und milden Stiftungen das Vorrecht gegeben, daß ihre Klagen nur dann durch Verjährung ausgeschlossen würden, wenn länger als

108) Arg. Const. 5. de R. C. 4. 1. „Idem, si inficietur, ad jusiurandum (ut desideras) tutorem adiget.“ *Leyser* M. ad P. T. II. Sp. 136. M. 4. Strube R. Bd. IV. 34. §. 2. *Malblanc* de iureiur. §. 42. 95.